

Recuperación de activos robados

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA EL DECOMISO
DE ACTIVOS SIN CONDENA

Theodore S. Greenberg, Linda M. Samuel

Wingate Grant, Larissa Gray



BANCO MUNDIAL



Iniciativa para la recuperación de activos robados
Iniciativa StAR

Recuperación de activos robados

Guía de buenas prácticas para el decomiso
de activos sin condena

Theodore S. Greenberg
Linda M. Samuel
Wingate Grant
Larissa Gray



BANCO MUNDIAL

StAR



The findings, interpretations, and conclusions expressed herein are those of the author(s) and do not necessarily reflect the views of the Executive Directors of The World Bank or the governments they represent. The World Bank does not guarantee the accuracy of the data included in this work. The boundaries, colors, denominations, and other information shown on any map in this volume do not imply any judgment concerning the legal status of any territory or the endorsement or acceptance of such boundaries.

Los resultados, interpretaciones y conclusiones expresados aquí son los del(los) autor(es) y no reflejan necesariamente las opiniones de los directores del Banco Mundial, o de los gobiernos que ellos representan. El Banco Mundial no garantiza la exactitud de los datos incluidos en este trabajo. Las fronteras, los colores, los nombres y otra información expuesta en cualquier mapa de este volumen no denotan, por parte del Banco, juicio alguno sobre la condición jurídica de ninguno de los territorios, ni aprobación o aceptación de tales fronteras.

This work was originally published by the World Bank in English as *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture* in 2009. This Spanish translation was arranged by Mayol Ediciones. Mayol Ediciones is responsible for the quality of the translation. In case of any discrepancies the original language will govern.

Publicado originalmente en inglés por el Banco Mundial como *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture* en 2009. La traducción al castellano fue hecha por Mayol Ediciones, editorial que es responsable de su precisión. En caso de discrepancias, prima el idioma original.

© 2009 The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank

© 2009 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial
1818 H Street, NW
Washington, DC 20433, USA

Todos los derechos reservados

Primera edición en castellano: mayo de 2009

Para esta edición:

© 2009 Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A.
www.mayolediciones.com

ISBN 978-958-8307-67-1

Traducción al castellano: Ignacio Caviedes Hoyos

Diseño de cubierta: Critical Stages

Coordinación editorial: María Teresa Barajas S.

Edición y diagramación: Mayol Ediciones S.A.

Impreso y hecho en Colombia - Printed and made in Colombia

Contenido

Prólogo	xi
Agradecimientos	xiii
Siglas y abreviaturas	xv
Introducción	xvii

Parte A

La comprensión del problema y la respuesta internacional

1	Robo de activos públicos: un problema de la mayor magnitud para el desarrollo	3
2	Consenso global sobre la necesidad de acción concertada	5
3	El decomiso sin condena como herramienta para la recuperación de activos	9

Parte B

Conceptos básicos del decomiso de activos sin condena

4	Imperativos primordiales	27
5	Definir los activos y delitos sujetos al decomiso de activos NCB	37
6	Medidas para la investigación y la preservación de activos	53
7	Conceptos procedimentales y evidenciales	59
8	Partes de los procesos y requisitos de notificación	71
9	Procesos judiciales	81

10	Consideraciones organizativas y administración de los activos	87
11	Cooperación internacional y recuperación de activos	101

Parte C Contribuciones especiales

12	Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza <i>Yves Aeschlimann</i>	119
13	Recuperación de productos de la corrupción en el Reino Unido: asistencia en el cumplimiento de la ley y herramientas para el litigante privado	127
14	La estrategia de recuperación de activos del Reino Unido	145
15	Evitar las trampas en la obtención de asistencia judicial mutua: perspectivas del Alguacilazgo de Guernsey <i>Frederic Raffray</i>	155
16	Órdenes extranjeras de restricción de activos NCB: revisión histórica de la ejecución en jurisdicciones que carecen de legislación recíproca de decomiso de activos NCB <i>Frederic Raffray</i>	163
17	Focalizar los productos del crimen: la perspectiva irlandesa <i>Francis H. Cassidy</i>	167
18	Recuperación de activos robados: un caso de Kuwait <i>Dr. Mohammad A.A. Al Moqatei</i>	179
19	Medidas sobre administración de activos en Tailandia <i>Mayor General de la Policía Peeraphan Premabhuti</i>	183
20	Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva <i>Clara Garrido</i>	193
21	La administración de activos en Colombia <i>Clara Garrido</i>	197
22	Enriquecimiento ilícito: teoría y práctica en Colombia <i>Clara Garrido</i>	207

Glosario	211
----------	-----

Apéndices

Apéndice I: matriz de sistemas de decomiso en jurisdicciones seleccionadas	217
Apéndice II: conceptos básicos - hoja de referencia rápida	229
Apéndice III: lista de StAR de contactos de punto focal	233
Apéndice IV: formulario de perfil financiero	235
Apéndice V: orden de muestra para producir documentos corporativos y otros en una investigación sobre corrupción	257
Apéndice VI: guía de planeación previa a la incautación	263
Apéndice VII: sitios <i>web</i> de organizaciones clave, instrumentos legales e iniciativas	279

Gráficos

17.1 Estructura de la Oficina de Activos Criminales de Irlanda	174
19.1 Propiedad incautada y anexada bajo la AMLA, clasificada por delitos subyacentes. Octubre 27 de 2000 a marzo 31 de 2008	184
19.2 Estructura interna de la Oficina de Administración de Activos de la AMLO	186
19.3 Administración de activos de propiedad incautada o anexada bajo la AMLA, clasificada por tipos de activos; diciembre 13 de 2000 a marzo 31 de 2008	187
19.4 Proceso de subasta de propiedad incautada bajo la Ley para el antilavado de activos de Tailandia	190

Recuadros

3.1 Diferencias entre el decomiso penal y el de activos NCB	10
3.2 Escenarios de decomiso de activos NCB	12
3.3 El decomiso de activos NCB en las jurisdicciones de derecho civil y común	14
3.4 Apoyo multilateral para el decomiso de activos NCB	18
3.5 Temas legales en el decomiso de activos NCB	19
3.6 Jurisdicciones con decomiso de activos NCB y legislación pertinente	20
3.7 La recuperación de activos en las Convenciones de las Naciones Unidas	22
4.1 Las reformas legislativas de Perú para tratar las inmunidades	32

5.1	Garantizar que la legislación sobre decomiso permita la incautación de todas las formas de propiedad	39
5.2	Productos de crímenes cometidos fuera de la jurisdicción: la experiencia en Irlanda	40
5.3	Tres ejemplos de legislación sobre activos sustitutos	42
5.4	Aplicación retrospectiva de las leyes sobre decomiso de activos NCB en jurisdicciones de derecho civil y común	47
5.5	Discreción en las incautaciones	51
6.1	Órdenes mundiales de congelación en el Reino Unido	54
7.1	Asegurar las obligaciones de divulgación	60
7.2	Presunciones legislativas en Filipinas: casos de ejemplo de la implementación de la sección 31 de las Reglas de Procedimiento en casos de decomiso de activos NCB	64
7.3	Decomiso de una residencia en Sudáfrica	67
8.1	Notificación a costo reducido	72
8.2	Ley de ilegitimidad del fugitivo	75
8.3	La Doctrina de Relación Retroactiva (Estados Unidos)	77
8.4	Uso de activos restringidos para representación legal no permitido en algunas jurisdicciones	78
8.5	Uso de activos restringidos para representación legal (Reino Unido)	79
9.1	Gestiones para pagar daños y perjuicios	84
9.2	Inclusiones importantes en un veredicto por escrito	85
10.1	Equipos regionales de recuperación de activos (RART) en el Reino Unido	88
10.2	Experiencias de los países con jueces y fiscales especializados contra la corrupción	89
10.3	Prepararse para todos los tipos de incautación	90
10.4	Ejemplos de administración de activos: Filipinas	91
10.5	Asegurar la integridad, responsabilidad y transparencia en un programa de decomisos	92
10.6	Dificultades en la administración de activos: decomiso de una “empresa de pelea animal”	95
10.7	Fondos de decomiso de activos	96
10.8	Riesgos potenciales y soluciones en la administración del fondo de decomisos de activos	98
11.1	Dos ilustraciones de dificultades por terminología: ejecución de veredictos de decomiso “civil” en jurisdicciones de derecho civil	102
11.2	“Decomiso” contra “confiscación”	103
11.3	Jurisdicción extraterritorial: aspectos de implementación en Suiza y Colombia	105
11.4	Lista de Contactos de Punto Focal StAR Interpol	106

11.5	Temas de ejecución y soluciones legislativas	108
11.6	Temas de ejecución: prohibiciones sobre propiedad extranjera	110
11.7	Acuerdos sobre activos compartidos	114
12.1	Decomiso de activos en Suiza	121
17.1	Poderes y funciones de la Oficina de Activos Criminales de Irlanda	175

Prólogo

El dinero corrupto asociado con sobornos recibidos por funcionarios públicos en los países en desarrollo y en transición se estima entre US\$20.000 millones y US\$40.000 millones por año, cifra equivalente a entre el 20 y el 40% de los flujos de ayuda oficial para el desarrollo. La cantidad de activos robados es de una magnitud tan asombrosa que causa un impacto devastador en el desarrollo. Los activos robados son difíciles, algunas veces imposibles, de rastrear si no se ejerce acción inmediata y cuando se mueven a través del sistema financiero internacional, lo hacen casi instantáneamente de una jurisdicción a otra y su "...procedencia se desvanece en una maraña de transferencias electrónicas, que la desplazan..., la ocultan, la desagregan en atados manejables que entonces [son]... retirados y redepósitos en otro lugar, haciendo desaparecer la pista".*

Incluso sólo una porción de los activos recuperados puede prever financiación para programas sociales e infraestructura que se necesita con urgencia, lo que ha llevado al presidente del Banco Mundial y al Secretario de las Naciones Unidas a hacer que la recuperación de activos robados constituya una prioridad para los países de ayuda. El 17 de septiembre de 2007, ellos, junto con el director de la Oficina de Naciones Unidas contra el tráfico de drogas y el crimen, lanzaron la Indicativa de Recuperación de Activos Robados (StAR).

El decomiso de activos sin condena (NCB) constituye una herramienta de suma importancia para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción, en particular en los casos en que los productos se transfieren al exterior. Al constituir un procedimiento que prevé la captura y decomiso de activos robados sin la necesidad de una declaración condenatoria penal, el decomiso de activos NCB puede ser esencial cuando el delincuente está muerto, o ha huido de la jurisdicción, o es inmune al proceso judicial. El artículo 54(1)(c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción urge a los países a considerar permitir el decomiso de activos robados NCB cuando el delincuente no puede ser acusado.

* Linda Davies, *Nest of Vipers* (Nueva York: Doubleday, 1995), p. 4.

Pero a la mayor atención al decomiso de activos NCB la acompaña la necesidad de una herramienta práctica de uso para las jurisdicciones (gobiernos, fiscales, investigadores y jueces) que contemple la promulgación e implementación de un sistema de decomiso de activos NCB. *Recuperación de activos adquiridos ilegalmente: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* se ha diseñado como esta herramienta práctica. Es la primera de su clase en el campo del decomiso de activos NCB y la primera publicación de conocimiento bajo la Iniciativa StAR.

Esperamos que esta guía sea útil y es nuestro deseo suministrar asistencia técnica a los países integrantes de la StAR.

Adrian Fozzard
Coordinador de StAR

Agradecimientos

La edición de *Recuperación de activos adquiridos ilegalmente: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* no habría sido posible sin el esfuerzo especial de colaboración de los colegas que adelante se mencionan –de dentro y fuera del Banco Mundial, de profesionales de derecho civil y común, y de países desarrollados y en desarrollo– cuya pericia en el decomiso criminal y el decomiso sin condena respira vida y resonancia en la importante y compleja labor del decomiso de activos.

Todos aquellos cuyos nombres se mencionan participaron en la escritura de la guía. La escritura, diseño y edición principal estuvo a cargo de Theodore S. Greenberg (Senior Financial Sector Specialist, Financial Market Integrity Unit, Banco Mundial, y NCB Asset Forfeiture Guide Team Leader), Linda M. Samuel (Deputy Chief, Asset Forfeiture and Money Laundering Section, Departamento de Justicia de Estados Unidos), Wingate Grant (Procurador Asistente de Estados Unidos, Distrito Oriental de Virginia y ponente en los talleres de Viena y Cancún) y Larissa Gray (consultora, Financial Market Integrity Unit, Banco Mundial). Agradecimientos especiales a Linda Samuel por su trabajo cotidiano con los redactores del borrador en el Banco Mundial para desarrollar y ejecutar este proyecto.

El equipo agradece de manera especial a Latifah Merican-Cheong, directora de Financial Market Integrity, Banco Mundial, por su orientación en este proyecto, y a Adrian Fozzard (coordinador de StAR), Richard Weber (Jefe, Asset Forfeiture and Money Laundering Section, Departamento de Justicia de Estados Unidos) y a nuestros colegas en la secretaría de StAR por sus orientaciones y sugerencias. Agradecimientos especiales también a Paul Allan Schott por la edición de la versión final de la guía y a Jocelyn Taylor por su arreglo de la logística para los talleres de Viena y Cancún.

La guía incluye varias contribuciones especiales escritas por expertos en decomiso de activos que compartieron sus perspectivas particulares; ellos fueron: Yves Aeschlimann (Suiza), Dr. Mohammad A. A. Al Moqatei (Kuwait), Francis Cassidy (Irlanda), Clara Garrido (Colombia), Stephanie Jeavons (Reino Unido), Peeraphan Premabhuti (Tailandia), Frederic Raffray (Guernsey) y Román del Rosario (Filipinas).

El equipo se benefició con los inteligentes y útiles comentarios durante el proceso de revisión de pares, que presidieron Adrian Fozzard (coordinador de StAR) y Jean

Pesme (Lead Financial Sector Specialist, Financial Market Integrity). Los revisores pares fueron Heike Gramckow (Senior Counsel, Justice Reform, Banco Mundial), Claudio Mascotto (Fiscal, Ginebra, Suiza), Tim Steele (Senior Governance Specialist, StAR/Unodc) y Richard Weber (Chief, Asset Forfeiture and Money Laundering Section, Departamento de Justicia de Estados Unidos).

Como parte del proceso de propuesta y consulta se realizaron dos Talleres Profesionales, uno en Viena (marzo de 2008) y otro en Cancún (junio de 2008), los cuales fueron presididos por Theodore Greenberg (Banco Mundial). Los participantes en los talleres fueron: Alejandro Abrego Hinojosa (México), Muhammad Yusufli Adhyaksana (Indonesia), Yves Aeschlimann (Suiza), Salahuddin Ahmad (Bangladesh), Dr. Mohammad A. A. Al Moqatei (Kuwait), A. F. Hassan Ariff (Bangladesh), Andy Clarke (Reino Unido), Víctor Dumas (Banco Mundial), Yara Esquivel (International Centre for Asset Recovery), Adrián Fajardo (México), Clara Garrido (Colombia), Claudy Gasant (Haití), Alejandro Gómez (México), Dorothee Gottwald (Unodc), Wingate Grant (Estados Unidos), Larissa Gray (Banco Mundial), Guillermo Hernández Salmerón (México), Stephanie Jeavons (Reino Unido), Inbal Levi (Israel), Graeme McKerrell (Guernsey), Cahyo Rahadian Muzhar (Indonesia), Nchima Nchito (Zambia), Peeraphan Premabhuti (Tailandia), Frederic Raffray (Guernsey), Román del Rosario (Filipinas), Randi Ryterman (Banco Mundial), Linda Samuel (Estados Unidos), Killian Strauss (Organization for Security and Co-operation in Europe), Delphine Schantz (Unodc), Brigitte Strobel-Shaw (Unodc), Salim Succar (Haiti), I Ktut Sudiharsa (Indonesia), Arturo Téllez Yurn (México), Min Usihen (Indonesia), y el Dr. Robert Wallner (Liechtenstein).

Nuestros especiales agradecimientos a Killian Strauss y a la Organization for Security and Cooperation in Europe por ser los anfitriones del primer Taller de Profesionales en Viena y al señor José Luis Santiago Vasconcelos, Procurador General Diputado de México, por ser anfitrión del segundo Taller de Profesionales en Cancún.

Siglas y abreviaturas

ALD*	Antilavado de Activos
ALD/LFT*	Antilavado de activos y lucha contra el financiamiento del terrorismo
AMCATS*	Sistema Consolidado de Seguimiento de Activos de AMLO (Tailandia)
AMLA*	Ley para el Antilavado de Activos (Tailandia)
AMLB*	Junta para el Antilavado de Activos (Tailandia)
AMLO*	Oficina para el Antilavado de Activos (Tailandia)
ARA	Agencia de Recuperación de Activos (Reino Unido)
CE	Comunidad Europea
Cicad	Comisión Interamericana para el control del abuso de las drogas
Commonwealth Model Legislation	Provisiones legislativas del modelo de la <i>Mancomunidad</i> sobre la recuperación civil de activos delincuenciales, incluyendo propiedades de terroristas
Convención de Viena	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988)
CNUCC*	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción
CPS*	Servicio de Procesos de la Corona
CSC*	Conozca a su cliente
DNE	Dirección Nacional de Estupefacientes (Colombia)
ECHR*	Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales
Frisco	Fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado (Colombia)
FSRB*	Órganos regionales al estilo de la GAFI
GAFI*	Grupo de acción financiera sobre el lavado de activos
G-8	Grupo de los Ocho (Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Federación Rusa, Reino Unido y Estados Unidos)

IMAC*	Ley federal sobre Asistencia Mutua Internacional en Asuntos Criminales (Suiza)
KIO*	Oficina de Inversiones de Kuwait
MLA*	Asistencia Judicial Mutua
MLAT*	Tratado de Asistencia judicial Mutua
NCB*	Decomiso de activos sin condena (basado en no declaración de culpabilidad)
NU	Naciones Unidas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ODA*	Ayuda oficial para el desarrollo
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización no gubernamental
ONUDD*	Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito
PEP	Persona expuesta políticamente
PIB	Producto interno bruto
R.A.*	Republic Act (Ley de la República) (Filipinas)
Reglamento	Reglamento modelo de la OEA/Cicad sobre delitos
Modelo de la OEA	de lavado conectados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves
SAR*	Informes de actividad sospechosa
SFO*	Serious Fraud Office (Oficina de Fraudes graves o complejos) (Reino Unido)
SOCA*	Serious Organised Crime Agency (Agencia contra formas graves de delincuencia organizada)
StAR*	Iniciativa de recuperación de activos robados
STR*	Informe de transacción sospechosa
UE	Unión Europea
UIF*	Unidad de inteligencia financiera
Untoc*	Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Transnacional Organizada (2000) o Convención de Palermo

(Todas las cantidades se expresan en dólares de Estados Unidos, a menos que se indique otra cosa.)

* Por sus iniciales en inglés.

Introducción

El robo de activos públicos es un problema de la mayor magnitud para el desarrollo.

- El flujo a través de las fronteras de los productos globales por actividades criminales, corrupción y evasión de impuestos se estima entre US\$1 billón y US\$1,6 billones por año.
- La cantidad de dinero robado a los países en desarrollo y en transición está entre US\$20.000 millones y US\$40.000 millones, cifra equivalente a entre el 20 y el 40% de los flujos de ayuda oficial para el desarrollo.
- El daño resultante de tal defraudación incluye la degradación y la desconfianza de las instituciones públicas, el debilitamiento del clima de inversiones privadas y la corrupción de los mecanismos de prestación de servicios sociales para los programas de salud y educación básicas.

Una vez se han transferido al exterior los fondos robados, públicos o privados, son extremadamente difíciles de recuperar. Los países en desarrollo encuentran serios obstáculos por la falta de leyes sobre el decomiso de activos sin condena (NCB) y la limitada capacidad legal, de investigación y judicial, y los inadecuados recursos financieros. Las jurisdicciones donde se ocultan los activos robados –a menudo los países desarrollados– pueden no tener capacidad de responder a las solicitudes de asistencia judicial porque no se han promulgado las leyes necesarias, incluida la legislación sobre el decomiso de activos NCB. En situaciones en las que la muerte, la condición de fugitivo, o la inmunidad de los funcionarios, impide una investigación criminal o un enjuiciamiento, el proceso de recuperación de activos puede ser todavía más difícil.

El decomiso de activos NCB es una herramienta de la mayor importancia para recuperar los productos y los instrumentos de la corrupción. Constituye un mecanismo legal que prevé el control, la captura y el decomiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal; puede ser esencial para la recuperación exitosa de los activos cuando el delincuente está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la investigación o al enjuiciamiento, o es esencialmente demasiado poderoso para enjui-

ciarlo. Un número creciente de jurisdicciones ha establecido sistemas de decomiso de activos NCB y varias organizaciones han recomendado dichos sistemas en los niveles regionales y multilaterales. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) urge a los países a considerar la aplicación del decomiso de activos robados NCB cuando el delincuente no puede ser enjuiciado.

Esta mayor atención al decomiso de activos NBC conlleva una correspondiente necesidad de una herramienta práctica para su uso por parte de las jurisdicciones que contemplan la legislación sobre el decomiso de activos NBC. Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena se ha diseñado como esta herramienta práctica. Es la primera de su clase en el campo del decomiso de activos NCB y la primera publicación de conocimiento bajo la Iniciativa StAR, una iniciativa conjunta del Banco Mundial y la Unodc que, entre otras cosas, ayuda a los países en desarrollo a recuperar activos robados por dirigentes corruptos. En la guía se identifican 36 conceptos básicos –legales, operativos y prácticos– que un sistema de decomiso de activos NBC debe abarcar para ser eficaz en la recuperación de activos robados.

Metodología

Para asegurar un enfoque práctico, StAR aprovechó la pericia y experiencia de un equipo de expertos que practican el decomiso penal o el decomiso de activos NCB, o ambos, diariamente. Los profesionales fueron representativos de varios sistemas de decomiso y todas sus fases y entre ellos estuvieron magistrados investigadores, fiscales, funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y administradores de activos. Igualmente estuvieron representados los sistemas de derecho común y civil.¹ Profesionales de países en desarrollo y desarrollados contribuyeron con sus experiencias legales y prácticas. Finalmente, proponentes legislativos, autores de políticas y profesionales del decomiso de jurisdicciones en las que se considera el decomiso de activos NCB formaron parte del proceso de propuesta. Estos individuos participaron en el proceso de propuesta en su capacidad individual profesional y no a nombre de sus respectivos gobiernos.

Los 36 conceptos básicos representan las recomendaciones acordadas por estos expertos y todos estuvieron de acuerdo en que estos conceptos son fundamentales

1 Las jurisdicciones de derecho civil incluyeron Colombia, Costa Rica, Haití, Indonesia, Kuwait, Liechtenstein, México, Suiza y Tailandia. Las de derecho común, Bangladesh, Canadá, Israel, Filipinas, Reino Unido, Estados Unidos y Zambia. Para estos propósitos se considera Guernsey como jurisdicción de derecho común, a pesar de ser una jurisdicción de ambos derechos con origen en el derecho de costumbres.

para el diseño y la construcción de un sistema de decomiso de activos NCB. En algunos casos, los profesionales llegaron a un acuerdo sobre un concepto a pesar de la ausencia particular de ese concepto en su sistema respectivo, y lo hicieron porque el concepto era apropiado no sólo en teoría, sino que se basaba en la experiencia de las jurisdicciones que lo aplicaban. Sus recomendaciones se basan en su experiencia compartida como profesionales y sus acuerdos están arraigados en el objetivo común de introducir el decomiso de activos NCB como herramienta de la mayor importancia para la recuperación de los productos de la corrupción.

Los conceptos básicos se iniciaron como resultado al que se llegó por acuerdo durante el Taller de Profesionales de marzo de 2008 en Viena, Austria, y se desarrollaron más ampliamente por medio de contribuciones y consultas de seguimiento. Se presentó y acordó una versión revisada por un grupo más amplio en el Taller de Profesionales de junio de 2008 en Cancún, México. Este fue seguido de contribuciones y consultas adicionales y la versión final obtuvo el acuerdo del grupo ampliado.

Cómo utilizar esta guía

La *Guía de buenas prácticas* se diseñó como herramienta práctica para los gobiernos, grupos de propuestas legislativas, investigadores y fiscales, y también como libro de referencia para capacitación en el decomiso de activos NCB. Dada la diversidad de estas audiencias, es importante que los lectores tengan presente dos puntos. Primero, el propósito general de la guía es el de asistir a todos los países en el desarrollo e implementación de leyes que apoyen el decomiso de activos sin los requisitos de una condena, como se delineó en la Uncac.² Segundo, los conceptos básicos deben considerarse en el contexto del sistema legal existente de una jurisdicción. Por ejemplo, el autor de las políticas debe, en primer lugar, determinar si la legislación NCB debería constituir un estatuto separado o integrarse a las leyes existentes, como el código penal o la ley contra el lavado de activos. En cualquier caso, los Conceptos básicos pueden utilizarse para proponer legislación nacional que habilite o mejore el decomiso de activos NCB.

Además, puede no ser posible que una jurisdicción incorpore todos los conceptos básicos en su legislación de decomiso de activos NCB. Algunos conceptos pueden ser aceptables en sistemas de derecho civil pero no en sistemas de derecho común y viceversa. Donde un concepto propuesto no sea apropiado en el contexto del sistema

2 El decomiso de activos NCB puede y debería aplicarse a una variedad mucho mayor de delitos, en particular los establecidos de acuerdo con la Convención de Viena de 1988 y la Untoc. Esto significa que hay recomendaciones dentro de esta guía que constituyen obligaciones con respecto a los delitos de corrupción para los países que ratificaron la Uncac y que hay algunos conceptos básicos en los que el tratamiento de los delitos de corrupción puede ser distinto al de otros delitos. Los autores han intentado destacar estas diferencias.

legal existente de una jurisdicción, debe considerarse el propósito subyacente del concepto, ya que puede haber un enfoque alternativo para lograr el mismo objetivo. Así como los profesionales pudieron llegar a un acuerdo sobre los 36 conceptos básicos, se espera que los conceptos incluidos puedan trascender los límites de cualquier sistema legal particular.

Esta guía se ha organizado en tres partes principales:

La Parte A ofrece en primer lugar una visión general del problema de los activos robados y el problema de la recuperación de activos después de haberse transferido al exterior. En segundo lugar, se describe cómo la comunidad internacional ha dado pasos para responder al problema a través de la Uncac y la Iniciativa StAR. La Uncac introdujo un nuevo marco con el fin de facilitar la localización del origen, la congelación, la captura, el decomiso y el retorno de los activos robados mediante prácticas corruptas y encubiertos en jurisdicciones extranjeras. La Iniciativa StAR desarrolló un plan de acción para apoyar la localización e implementación de provisiones de recuperación de activos bajo la Uncac, con el fin de facilitar el esfuerzo de los países para recuperar activos robados que se han encubierto en jurisdicciones extranjeras y, en última instancia, contribuir a disuadir tales flujos y eliminar refugios seguros para el ocultamiento de productos obtenidos mediante corrupción. En tercer y último lugar, la Parte A presenta el decomiso de activos NCB como una de las herramientas cruciales para combatir la corrupción, describiendo las situaciones en que es útil, cómo difiere del decomiso criminal, su utilidad en las jurisdicciones de derecho civil y común, y el apoyo que ha obtenido internacionalmente.

La Parte B contiene los 36 conceptos básicos, los cuales se agruparon por tópico, incluyendo imperativos primordiales, definiciones de activos y delitos sujetos al decomiso de activos NCB, medidas para la investigación y preservación de activos, conceptos procesales y de evidencias, determinación de las partes y aseguramiento de notificación apropiada, procesos judiciales, consideraciones organizativas y administración de activos, y cooperación internacional y recuperación de activos. Los conceptos se ilustran por medio de ejemplos y extractos de legislación sobre decomiso de activos NCB de diferentes jurisdicciones.³

3 Los ejemplos se tomaron de jurisdicciones de derecho civil y común y varios modelos de decomiso en un esfuerzo por demostrar cómo pueden adoptarse los conceptos en los distintos sistemas. A pesar de los esfuerzos para garantizar un equilibrio, los ejemplos son limitados en algunos campos; el decomiso de activos NCB es nuevo en muchas jurisdicciones y existen menos ejemplos en comparación con jurisdicciones con legislación más desarrollada sobre decomiso de activos NCB y con experiencia de casos. La guía no se diseñó para ser utilizada como análisis comparativo de tradiciones legales o como descripción de los pros y los contras de las características de modelos de decomiso. Dicho análisis detallado se encuentra más allá del alcance de esta publicación.

La Parte C contiene varias contribuciones especiales escritas por profesionales individuales, que se centran en la práctica general del decomiso de activos NCB y la cooperación internacional en jurisdicciones específicas, a saber, Colombia, Guernsey, Irlanda, Kuwait, Suiza, Tailandia y el Reino Unido. Asimismo, algunas contribuciones ilustran una selección de prácticas de decomiso de activos NCB, como la administración de activos, delegando ciertos papeles a la rama ejecutiva y persiguiendo el decomiso basado en el enriquecimiento ilícito.

Los apéndices contienen herramientas de referencia adicionales para asistir a las jurisdicciones en la implementación de un sistema de decomiso de activos NCB. El Apéndice I es una matriz que compara las características de los sistemas de decomiso en una selección de países, con referencias específicas a la legislación NCB. El Apéndice II presenta una Hoja de Referencia Rápida a los Conceptos básicos. El Apéndice III presenta información sobre la Lista de Contactos de Punto Focal sobre la STAR. Los apéndices IV, V y VI ofrecen formularios y listas de revisión de muestra que pueden utilizarse en las etapas investigativas y de planeación previas a la captura. El Apéndice VII ofrece direcciones en línea para algunos de los materiales referenciados en la guía.

Parte A

La comprensión del problema y la respuesta internacional

1

Robo de activos públicos: un problema de mayor magnitud para el desarrollo

El robo de activos públicos constituye un problema de mayor magnitud para el desarrollo y es imposible establecer con precisión el valor exacto de los activos estatales que han sido robados en los países en desarrollo. Cada año se pierden entre 1 y 16 billones de dólares de EUA por actividades ilegales.¹ Los funcionarios corruptos en los países en desarrollo y en transición saquean hasta US\$40.000 millones cada año, ocultando esos fondos en el exterior, donde son extremadamente difíciles de recuperar. Esta cifra es equivalente al PIB anual de los 12 países más pobres del mundo, en los que viven 240 millones de habitantes.

El verdadero costo de la corrupción supera en mucho el valor de los activos robados por los dirigentes de los países y lleva a la degradación y desconfianza de las instituciones públicas, especialmente las que tratan con la administración financiera pública y la gobernabilidad del sector financiero; al debilitamiento, si no la destrucción, del clima de inversiones privadas y la corrupción de los mecanismos de prestación de servicios sociales, como los programas de salud y educación básicas, con un impacto especialmente adverso para los pobres.²

Al transferirse los activos robados al exterior, es extraordinariamente difícil su recuperación, pues, por una parte, los países en desarrollo se enfrentan a serios obstáculos como resultado de su capacidad limitada legal, investigativa y judicial, sus inadecuados recursos financieros y su falta de voluntad política. Esto debilita la capacidad de los países de llevar a cabo con éxito sus propias investigaciones y procesos, y localizar el origen, congelar, confiscar y devolver los productos de la corrupción. Además, esos mismos obstáculos reducen su capacidad de remitir solicitudes internacionales adecuadas a las jurisdicciones extranjeras en las que se han ubicado los activos robados,

1 Unodc y Banco Mundial, “Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan” (Banco Mundial, Washington, DC, 2007) p. 10, citando a Raymond Baker, *Capitalism’s Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System* (Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Inc., 2005).

2 Informe de la Iniciativa StAR, p. 8.

mientras una solicitud suficiente podría habilitar a las jurisdicciones extranjeras para iniciar procesos de restricción de los activos o ejecutar la congelación en el exterior o cumplir una orden de decomiso. Por otra parte, las jurisdicciones en las que se encuentran encubiertos los activos robados –que a menudo son los países desarrollados– pueden no ser sensibles a solicitudes de asistencia judicial. Muchos países pueden congelar activos, pero no retornarlos. En otros casos las normas de evidencias y procesos requeridos por las leyes de la jurisdicción extranjera son fuertes y por tanto difíciles o imposibles de cumplir por la jurisdicción solicitante. Donde la muerte, la condición de fugitivo o la inmunidad de los funcionarios implicados en el robo de activos impide una investigación y proceso penal, el proceso de recuperación de activos se dificulta aún más o es imposible. La recuperación de activos puede funcionar sólo en presencia de colaboración mutua sensible al tiempo entre los países desarrollados y en desarrollo y entre la víctima (la jurisdicción solicitante) y las zonas extranjeras en donde están ubicados los activos (la jurisdicción solicitada).

2

Consenso mundial sobre la necesidad de acción concertada

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Uncac)

Al reconocer el grave problema de la gran corrupción y la necesidad de mecanismos mejorados para combatir su devastador impacto, la comunidad internacional introdujo un nuevo marco con el fin de facilitar la localización del origen, la congelación, la incautación, el decomiso y el retorno de los activos robados mediante prácticas corruptas y encubiertos en jurisdicciones extranjeras. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³ (Uncac) que entró en vigor en el año 2005, introdujo este marco innovador en un capítulo dedicado a la recuperación de activos.

El retorno de los activos se ha identificado como principio fundamental de la Uncac, y se requiere que los estados integrantes ofrezcan la más amplia medida de cooperación y asistencia a los demás en este respecto.⁴ A fin de habilitar la ejecución de este principio, la Uncac crea mecanismos para la recuperación de activos adquiridos ilícitamente y la cooperación internacional con respecto a la localización del origen, congelación, incautación, decomiso y retorno de activos saqueados, incluyendo los siguientes:

- Procedimientos adecuados para asegurar que las entidades financieras presten particular atención a actividades sospechosas que incluyan cuentas bancarias privadas de funcionarios públicos prominentes y de miembros de sus familias y asociados cercanos.⁵
- Procedimientos que permitan a un Estado integrante participar como litigante privado en los tribunales de otro Estado integrante, permitiéndole recuperar productos obtenidos mediante corrupción como demandante en su propia

3 El texto de la Uncac, junto con una lista de países que la han firmado o ratificado, está disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>.

4 Uncac, artículo 51.

5 Uncac, artículo 52.

acción, como demandante en un proceso de decomiso, o como víctima para propósitos de restitución ordenada por el tribunal.⁶

- Legislación interna que posibilite a un Estado reconocer una orden de decomiso extranjera y congelar y decomisar activos derivados de la corrupción en un Estado extranjero por medio de sus propias investigaciones.⁷
- Medidas que permitan el decomiso de activos NCB, en particular en los casos de muerte, huida u otros.⁸

Además, la Uncac esboza un marco para la cooperación internacional⁹ y la disposición de la propiedad decomisada por un Estado integrante a petición de otro, dependiendo de cuán cercanamente fueron vinculados los activos al Estado integrante solicitante.¹⁰ La Uncac habla específicamente de la defraudación de fondos públicos y el lavado de fondos públicos defraudados y obliga a un Estado integrante a retornar la propiedad decomisada al Estado solicitante.¹¹ Además de promover un plan complementario de leyes internas para lograr el objetivo del retorno de fondos públicos defraudados, la Uncac solicita, donde no sea aplicable ninguna regla, consideración prioritaria a la devolución de la propiedad decomisada a los anteriores dueños legítimos, o compensar a las víctimas del crimen.¹² Aparte de las reglas dispuestas por este marco, los estados integrantes solicitados pueden deducir gastos razonables en que incurran en las investigaciones, procesos o procesos judiciales que lleven a la restitución o disposición de la propiedad decomisada.¹³ Los estados pueden además dar consideración a acuerdos concluyentes o acuerdos mutuamente aceptables, con base en cada caso, para la disposición final de la propiedad decomisada.¹⁴

La Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR)

Para contribuir a abordar el escandaloso problema del robo de activos públicos en los países en desarrollo, el Banco Mundial, en asociación con la Oficina de las Naciones

6 Uncac, artículo 53.

7 Uncac, artículo 54.

8 Uncac, artículo 54, par. 1(c).

9 Uncac, artículo 55.

10 Uncac, artículo 57.

11 Uncac, artículo 57, par. 3(a).

12 Uncac, artículo 57, par. 3(c). La Untoc incluye también provisiones para retornar a un Estado solicitante al retorno de propiedad decomisada a los anteriores dueños legítimos o compensar a las víctimas (Untoc, artículo 14, par. 2).

13 Uncac, artículo 57, par. 4.

14 Uncac, artículo 57, par. 5. Otras convenciones multilaterales han abogado por tales acuerdos: *ver* Untoc, artículo 14, par. 3(b) y Convención de Viena, artículo 5, par. 5(b)(ii).

Unidas sobre Drogas y Crimen (Unodc) lanzaron la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) en septiembre de 2007. Al anunciar el plan, el Secretario General de las Naciones Unidas Ban Ki-moon, el Presidente del Banco Mundial, Robert B. Zoellick, y el Director Ejecutivo de la Unodc, Antonio María Costa, indicaron que es necesario un esfuerzo verdaderamente internacional para asegurar que los activos saqueados retornen a sus propietarios legítimos.¹⁵

“Esta iniciativa fomentará la muy necesaria cooperación entre los países desarrollados y en desarrollo y entre los sectores público y privado para garantizar que los activos saqueados retornen a sus legítimos dueños”.

Ban Ki-moon, Secretario General de las Naciones Unidas, septiembre 17 de 2007.

La Iniciativa StAR urge a los países a ratificar la Uncac y aplica el marco establecido en ella para apoyar su localización e implementación. La StAR se concentra en la recuperación internacional de activos, reduciendo las barreras para recuperarlos en los principales centros financieros, formando la capacidad técnica para facilitarla por parte de los estados víctima y, en última instancia, contribuir a disuadir tales flujos y eliminar refugios seguros para la corrupción.

La Iniciativa StAR contribuirá a:

- Generar y difundir conocimiento sobre recuperación de activos y abogar por la ejecución de medidas que reduzcan las barreras para la recuperación.
- Apoyar los esfuerzos nacionales para formar capacidad institucional en la recuperación de activos, como sistemas efectivos de decomiso o capacidad de responder y presentar solicitudes internacionales de asistencia judicial mutua.
- Monitorear los fondos recuperados cuando lo soliciten las autoridades nacionales.

“No debería existir refugio seguro para quienes roban a los pobres”. “Ayudar a los países en desarrollo a recuperar los dineros robados será una tarea clave para la financiación de los programas sociales y notificar a los líderes corruptos que no escaparán a la ley”.

Robert B. Zoellick, presidente del Banco Mundial, septiembre 17 de 2007.

15 Los países del Grupo de los 20 declararon su apoyo a la Iniciativa StAR en la Declaración de la Cumbre sobre Mercados Financieros y la Economía Mundial (Washington, DC, noviembre 15, 2008). Los esfuerzos de StAR se notaron también en el Outcome Document de la Follow-up International Conference on Financing for Development to Review the Implementation of the Monterrey Consensus de las Naciones Unidas (Doha, Qatar, diciembre 2, 2008, par. 20). Los ministros de finanzas del G-8 también dieron la bienvenida a la Iniciativa StAR en Potsdam, Alemania, el 19 de mayo de 2007.

El beneficio para el desarrollo de recuperar los activos robados es enorme, asumiendo que se empleen bien los fondos. Una parte de los activos podría brindar financiación muy necesaria para programas sociales o infraestructura necesitada con urgencia. Cada US\$100 millones podrían financiar vacunas para 4 millones de niños o suministrar conexiones de agua a 250.000 familias.¹⁶

Más allá de los beneficios de la restitución, un programa StAR efectivo para asistir a los países a reducir las barreras y recuperar activos robados ayudará a formar capacidad institucional, producir un poderoso efecto de disuasión y a la postre contribuir a eliminar refugios seguros para la corrupción.

“La corrupción nos perjudica a todos. ... Combatirla es una responsabilidad compartida”.

Antonio María Costa, director ejecutivo de Unodc, enero 28 de 2008.

16 Informe de la Iniciativa StAR, 2007, p.11.

3

El decomiso sin condena como herramienta para la recuperación de activos

Distinción entre decomiso penal y decomiso de activos NCB

Existen en general dos tipos de decomiso utilizados internacionalmente para recuperar los productos e instrumentos¹⁷ del crimen: el decomiso de activos NCB y el decomiso penal, los cuales comparten el mismo objetivo, a saber, el decomiso por parte del Estado de los productos e instrumentos del crimen. Ambos comparten fundamentos comunes duales. Primero, a quienes cometen actividades ilegales no se les debe permitir beneficiarse por sus crímenes. Los productos deben decomisarse y utilizarse para compensar a la víctima, ya sea ésta el Estado o un individuo. Segundo, debe disuadirse la actividad ilegal. Eliminar el beneficio económico del crimen desalienta la conducta criminal en una primera instancia. El decomiso de los instrumentos asegura que tales activos no se utilizarán para propósitos criminales adicionales y así mismo sirve como elemento disuasivo.

Donde difieren el decomiso penal y el decomiso de activos NCB es en el procedimiento utilizado para decomisar los activos. La distinción principal entre los dos es que el decomiso penal requiere un juicio y una condena penal, mientras el decomiso de activos NCB no lo requiere. Además, existen varias diferencias en procedimientos que generalmente caracterizan los dos sistemas (*ver* recuadro 3.1 para una comparación).

El decomiso penal es una orden *in personam*, una acción contra la persona (por ejemplo, *el Estado contra John Smith*). Requiere un juicio y una condena y constituye a menudo parte del proceso de sentencia. Algunas jurisdicciones aplican un estándar de prueba inferior (esto es, el balance de las probabilidades) para el proceso de decomiso que para la parte criminal del proceso. (Para una descripción de estándares de prueba, *ver* concepto básico 14.) No obstante, el requisito de una condena penal significa que el gobierno debe primero establecer la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”, o

17 “instrumentos” son los activos utilizados para facilitar el crimen, como un auto o una embarcación utilizada para transportar narcóticos. *Ver* concepto básico 6.

Recuadro 3.1 Diferencias entre el decomiso penal y el de activos NCB

	Decomiso penal	Decomiso NCB
Acción	Contra la persona (<i>in personam</i>): parte del cargo penal contra una persona.	Contra la cosa (<i>in rem</i>): acción judicial instaurada por un gobierno contra la cosa.
¿Cuándo tiene lugar?	Impuesto como parte de la sentencia en el caso penal. Requiere condena penal.	Instaurada antes, durante o después del decomiso penal o aun si no existe cargo penal en contra de la persona.
Probar la conducta ilegal	Requiere condena penal. Tiene que establecerse la actividad criminal “más allá de toda duda razonable”, o convicción íntima.”	Condena penal no requerida. Tiene que establecerse una conducta ilegal con base en un estándar de prueba de “balance de probabilidades” (el estándar puede variar).
Vínculo entre los productos y la conducta ilegal	Basado en el objeto o en el valor.	Basada en el objeto.
Decomiso	Interés del defensor del decomiso en la propiedad.	Decomisar la cosa misma, sujeta a propietarios inocentes.
Jurisdicción	Varía (criminal o civil).	Varía (derecho penal o civil).

tal que el juez se encuentre “íntimamente convencido” (convicción íntima). Los sistemas de decomiso penal pueden basarse en el objeto, lo que significa que la autoridad procesal tiene que probar que los activos en cuestión son productos o instrumentos del crimen. Alternativamente, pueden ser sistemas basados en el valor, que permiten el decomiso del valor del beneficio que el delincuente obtiene del crimen, sin probar la conexión entre el crimen y el objeto específico de propiedad.

El decomiso de activos NCB, conocido también como “decomiso civil”, “decomiso *in rem*” o “decomiso objetivo” en algunas jurisdicciones, es una acción contra el activo mismo (por ejemplo, *El Estado versus US\$100.000*) y no contra un individuo.¹⁸ Se trata de una acción separada de cualquier proceso penal y requiere prueba de que la propiedad esté manchada (es decir, la propiedad consiste en productos o instrumentos del crimen). Generalmente, tiene que establecerse la conducta criminal en un estándar

18 Existen variaciones en algunos países sobre lo que es esencialmente un proceso *in rem*. En Filipinas el sistema no es puramente *in rem* porque el gobierno puede obtener un juicio personal en contra de un individuo y no contra la propiedad, si ésta no se halla disponible.

de prueba de balance de probabilidades, lo que suaviza la carga sobre el gobierno y significa que puede ser posible obtener el decomiso cuando hay evidencia insuficiente para apoyar una condena penal. Dado que la acción no es contra un individuo demandado, sino contra la propiedad, el dueño de la propiedad es un tercero que tiene derecho a defender la propiedad.

El decomiso de activos NCB es útil en una variedad de contextos, particularmente cuando no es posible el decomiso penal, o no está disponible (*ver* recuadro 3.2 para casos de ejemplo), como sucede en los ejemplos siguientes:

- El delincuente es un fugitivo y la condena penal no es posible si el acusado es un fugitivo.
- El delincuente está muerto o muere antes de la condena. Con la muerte finalizan los procesos penales.
- EL delincuente es inmune al proceso penal.
- El delincuente es tan poderoso que una investigación o proceso penal es irrealista o imposible.
- El delincuente es desconocido y se hallan los activos (por ejemplo, activos hallados en las manos de un mensajero no involucrado en el delito penal). Si el activo se deriva del crimen, un propietario o delincuente puede no estar dispuesto a defenderse en procesos de civiles de recuperación por temor a que esto le conduzca a un proceso penal. Esta incertidumbre hace que sea muy difícil, si no imposible, un proceso penal contra un delincuente.
- La propiedad pertinente la mantiene un tercero que no ha sido acusado de delito penal, pero sabe –o se hace el desentendido de– que la propiedad está manchada. Aunque el decomiso penal no puede llegar a la propiedad mantenida por terceros de buena fe, con el decomiso de activos NCB sí puede decomisarse sin una defensa de buena fe.
- Existe evidencia insuficiente para proseguir con un proceso penal.

En tales escenarios, el decomiso de activos NCB es posible porque se trata de una acción *in rem* en contra de la propiedad, no de la persona, o no se requiere una condena penal, o ambas cosas. El decomiso de activos NCB puede ser útil también en las siguientes situaciones:

- El delincuente ha sido exonerado del delito penal subyacente como resultado de carencia de evidencia admisible u omisión del cumplimiento de la carga de la prueba. Esto se aplica en jurisdicciones en las que el decomiso de activos NCB se establece sobre un estándar de prueba inferior al estándar de condena penal. Aunque pueda haber evidencia insuficiente para una condena penal más allá de duda razonable, podría existir todavía evidencia insuficiente para demostrar que los activos se derivan de actividades ilegales sobre un balance de probabilidades.

Recuadro 3.2 Escenarios de decomiso de activos NCB

Huida de la jurisdicción

Dos estudiantes extranjeros que vendían falsificaciones de joyería y bolsos de mano de diseño de alto valor en un sitio de subastas de Internet fueron arrestados por delitos relacionados con falsificación y lavado de dinero. Fueron puestos en libertad bajo fianza y no se presentaron a juicio. Se pensó que habían retornado a su país.

El caso fue remitido a la Asset Recovery Agency (ARA, Reino Unido [Agencia de Recuperación de Activos]) y las investigaciones revelaron que el dinero se había recibido en varias cuentas bancarias de empresas de pagos en línea y pagos en efectivo. Se emitió una orden de censura a la ARA y se obtuvo finalmente una orden por £60.000 (aproximadamente US\$83.500).

Productos dentro de la jurisdicción

Un traficante de personas fue condenado en una corte francesa y sentenciado a ocho años de prisión, con una multa de €500.000 y el decomiso de su apartamento francés. Infortunadamente las autoridades francesas no tenían jurisdicción para llegar a los activos que poseía en el Reino Unido y cobrar la multa, dejándolo, al liberarlo, con acceso a activos sustanciales, adquiridos con los productos provenientes de actividades ilegales. La ARA tuvo éxito al obtener una orden de censura de la propiedad y finalmente decomisó £750.000 (aproximadamente US\$1.044.000) después de establecer que los grandes y numerosos depósitos en efectivo en cuentas bancarias constituían productos provenientes del tráfico de personas.

Evidencia insuficiente para un proceso penal

En el año 2004, la policía de Hertfordshire ejecutó autorizaciones legales de investigación y halló trazas de cocaína, pero evidencia insuficiente para emitir una condena. El caso fue remitido a la ARA, que exitosamente obtuvo una orden de censura de propiedad sobre activos por valor de £1,5 millones (aproximadamente US\$2.088.000). Al obtener la orden, la ARA sostuvo que los activos del sujeto se derivaban de una gran variedad de conducta ilegal que incluía tráfico de drogas, lavado de dinero y fraude hipotecario, y que las propiedades mantenidas a nombre de un miembro de la familia y una corporación eran financiadas por el sujeto. Éste había preparado varias empresas con asociados que tenían condenas por drogas, estados financieros que no habían sido declarados para la mayoría de estas empresas y era imposible que el sujeto hubiese financiado su propiedad y sus negocios con recursos legítimos a su disposición.

- El decomiso no se disputa. En las jurisdicciones en las que el decomiso de activos NCB se realiza como proceso civil, se utilizan los procesos de juicio preestablecidos para decomisar los activos, lo que da como resultado ahorros en tiempo y en costos.

El decomiso de activos NCB puede ser particularmente eficaz para despojar al políticamente corrupto de los frutos de sus crímenes y restaurar los fondos a los ciudadanos del Estado víctima. Aunque el decomiso de activos NCB nunca debería sustituir al proceso penal, en muchas instancias (particularmente en el contexto de la corrupción

oficial), el decomiso de activos NCB puede constituir la única herramienta disponible para recuperar los productos de esos crímenes y exigir alguna medida de justicia. La influencia de los funcionarios corruptos y otras realidades prácticas puede impedir investigaciones criminales totalmente, o hasta después de que el funcionario haya muerto o huido. No es raro que un funcionario corrupto que robe a un país intente obtener también inmunidad en un proceso. Puesto que el sistema de decomiso de activos NCB no depende de una condena penal, puede proceder al margen de la muerte, huida o cualquier inmunidad de la que pueda gozar el funcionario corrupto.

El decomiso de activos NCB no se limita al contexto nacional. En la economía global de hoy, los criminales mueven los activos alrededor del mundo en cuestión de segundos al toque de un botón. Las fronteras internacionales ya no son aliadas del político corrupto si el Estado en que tuvo lugar la corrupción y el Estado en que se ubican los activos han promulgado leyes para permitir la colaboración en la incautación y el decomiso de los activos, basadas tanto en el decomiso penal como en el decomiso de activos NCB.

El decomiso de activos NCB en las jurisdicciones de derecho civil y derecho común

Un sistema de decomiso de activos NCB puede establecerse en jurisdicciones de derecho civil y de derecho común. El punto de partida es el artículo 54 (1) (c) de la Uncac, que requiere que todos los estados integrantes consideren el decomiso de los productos del crimen sin necesidad de condena. La Uncac no se concentra en una sola tradición legal ni sugiere que diferencias fundamentales puedan impedir la implementación. En cambio, propone el decomiso de activos NCB como herramienta para que la consideren todas las jurisdicciones en la lucha contra la corrupción, herramienta que trasciende las diferencias entre los sistemas.

Aunque con una experiencia más larga en jurisdicciones de derecho común seleccionadas, como Estados Unidos, Sudáfrica e Irlanda, un número creciente de jurisdicciones de derecho civil han promulgado legislación, entre las que se encuentran Albania, Colombia, la provincia de Quebec (Canadá), Liechtenstein, Eslovenia, Suiza y Tailandia. En las tradiciones de derecho común, los modelos de decomiso han variado entre las jurisdicciones que los han adoptado.

Aunque existen diferencias fundamentales en los sistemas de derecho común y civil (*ver* recuadro 3.3), existen también áreas significativas de acuerdo. En algunos casos, las jurisdicciones de derecho civil han incorporado principios de derecho común en sus sistemas y viceversa. Por ejemplo, la provincia de Quebec, una jurisdicción de derecho civil dentro de Canadá, emplea el estándar de prueba del balance de probabilidades en los casos civiles en lugar del estándar singular que caracteriza otras jurisdicciones de derecho civil. En otros casos, las jurisdicciones han encontrado soluciones para

Recuadro 3.3 *El decomiso de activos NCB en las jurisdicciones de derecho civil y común*

Derecho civil	Derecho común	
Similitudes		
Acción contra la propiedad o activos (<i>in rem</i>)		
Sin necesidad de condena		
Requiere prueba de conducta ilegal		
Diferencias		
Más allá de la duda razonable o convicción íntima	Estándar de prueba requerido para el decomiso	Balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia
Penal	Corte de la jurisdicción	Civil
Limitada	Discreción procesal	General

Nota: Los modelos de decomiso varían según la jurisdicción y por eso pueden aplicarse excepciones.

habilitar la cooperación internacional. Por ejemplo, los tribunales de Suiza han confirmado que Suiza puede prestar cooperación judicial penal a los Estados Unidos en un caso de decomiso de activos NCB, a pesar de la ausencia de la intención de buscar procesos criminales.¹⁹ Este tipo de cooperación práctica es importante también para la cooperación internacional que requiere la Uncac.

Como se indicó en la introducción, esta guía se ha diseñado para que sea útil tanto en jurisdicciones de derecho civil como común. Aprovecha las experiencias de ambas tradiciones y, cuando hay disponibilidad de ellos, ilustra los conceptos básicos utilizando ejemplos. Identifica las similitudes y diferencias y ofrece posibles soluciones a los problemas. En algunos casos, puede no existir una solución propuesta y, en cambio, se destaca el tema de modo que las jurisdicciones estén conscientes de los problemas y puedan considerar soluciones posibles con base en el contexto de sus propios sistemas.

Perspectiva histórica y apoyo internacional para el decomiso de activos NCB

El concepto de decomiso de activos NCB data de hace muchos años y una de sus premisas es la noción de que si una “cosa” transgrede la ley, puede ser decomisada por el

¹⁹ *A_ Company v. Federal Office of Justice*, ATF 132 II 178 (Suiza).

Estado. El concepto de jurisdicción *in rem*, literalmente “contra la cosa”, fue común en el derecho de almirantazgo, de modo que podría demandarse al barco, y no al capitán, ni a la tripulación, ni al dueño, si el barco cometía un crimen.

Aunque Estados Unidos tenía leyes NCB desde 1776, fueron enmendadas hace más de 30 años a fin de atacar el flagelo del tráfico de drogas para llegar a dos categorías de propiedades: los productos del delito y la propiedad que facilita la comisión de crímenes designados.

En los últimos años, se han concluido varios tratados multilaterales que prevén obligaciones para que los estados cooperen entre sí sobre los decomisos, activos compartidos, asistencia judicial y compensación de víctimas. Varias convenciones de las Naciones Unidas y tratados multilaterales contienen provisiones con respecto a los decomisos:

- La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988; Convención de Viena).²⁰
- La Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (2000; Untoc).²¹
- La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2004; Uncac).
- El Consejo de la Convención Europea sobre lavado, búsqueda, incautación y decomiso de los productos del crimen y sobre la financiación del terrorismo (2005).
- El Consejo de Europa, Convención sobre lavado, búsqueda, incautación y decomiso de los productos del crimen (1990; Convención de Estrasburgo).
- La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones de negocios internacionales (1997).

Entre éstas, la Uncac constituye el único instrumento que contiene provisión específica sobre el decomiso basado en la no declaración condenatoria y prevé obligaciones que marcan nuevos rumbos para que los estados presten cooperación internacional en asuntos criminales y asistencia financiera y técnica entre sí.

Artículo 54(1)(c) de Uncac: Considerar tomar las medidas necesarias para permitir el decomiso de dicha propiedad sin condena penal en casos en los que el delincuente no pueda ser procesado por razón de muerte, huida o ausencia, o en otros casos apropiados.

20 El artículo 5 de la Uncac requiere que los países adopten medidas que permitan el decomiso de productos e instrumentos de delitos relacionados con drogas.

21 Los artículos 12 y 13 de la Uncac requieren que los países adopten medidas que permitan el decomiso de productos e instrumentos de delitos relacionados con la corrupción y el lavado de dinero.

Según el artículo 54 sobre cooperación internacional para propósitos de decomiso, los estados integrantes están obligados a capacitar a las autoridades internas para que reconozcan y actúen sobre “una orden de decomiso emitida por una corte de otro Estado integrante”²² y “permitir a sus autoridades competentes, donde tengan jurisdicción, ordenar el decomiso de dicha propiedad de origen extranjero”.²³ Esto está ampliamente redactado y puede abarcar juicios de decomiso monetario y órdenes NCB.²⁴ En forma semejante, el artículo 43 requiere que los estados integrantes consideren asistirse mutuamente en investigaciones y procesos de asuntos civiles y administrativos relacionados con la corrupción. Este artículo incluye procesos de decomiso de activos NCB y trata el problema que se encontró en el pasado, en el cual los estados podían prestar asistencia y cooperación legal en asuntos criminales, pero no en los casos civiles.²⁵ Con respecto a un campo relacionado, por el cual un Estado puede iniciar litigio civil para recuperar activos, el artículo 53 permite a un Estado integrante participar como litigante privado en las cortes de otro Estado para recuperar productos provenientes de corrupción como demandante en su propia acción, como demandante en un proceso de decomiso o como víctima para propósitos de restitución ordenada por la corte.

Otras organizaciones multilaterales e intergubernamentales han recomendado el decomiso de activos NCB en sus decisiones y grupos de trabajo (*ver* recuadro 3.4).

Como toda legislación, las leyes de decomiso penal y de decomiso de activos NCB no han estado exentas de problemas legales y se ha convocado a las cortes para interpretar las leyes NCB. Aun las cortes que se encuentran en jurisdicciones sin decomiso de activos NCB lo han considerado en el contexto de la asistencia judicial mutua.²⁶ La constitucionalidad de las leyes ha sido cuestionada en varias jurisdicciones, como

22 Artículo 54(1)(a) de Uncac.

23 Artículo 54(1)(b) de Uncac.

24 Las notas interpretativas para los registros oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación del Estado de la Uncac de que la referencia a una orden de decomiso en el artículo 54(1) (a) pueda interpretarse ampliamente, como para incluir juicios de decomiso monetario, pero no debería leerse como que *requiere* la ejecución de una orden emitida por una corte que no tiene jurisdicción criminal (Naciones Unidas A/58/422/Add.1, par. 57).

25 Naciones Unidas, *Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption* (Nueva York: Naciones Unidas, 2006), par. 522.

26 *In re S-L* (Restraint Order: External Confiscation Order) [1996] QB 272 (Corte de Apelaciones de Inglaterra); *In the Matter of the Representation of Batalla-Esquivel* [2001] JLR 160 (Royal Court of Jersey); *In the Matter of Poyiadjis*, no reportado, 17 de febrero de 2005 (High Court of Justice de la Isla de Man) (cortes en jurisdicciones respectivas sin leyes NCB que permiten la ejecución de una orden de restricción *in rem* bajo lo que percibimos como

las de Colombia,²⁷ Sudáfrica,²⁸ Tailandia,²⁹ Irlanda³⁰ y la provincia de Ontario, en Canadá.³¹ Ya desde 1986, la Comisión Europea de los Derechos Humanos declaró que el decomiso de activos NCB era consistente con la presunción de inocencia y los derechos fundamentales de la propiedad.³² Sin embargo, la comisión ha declarado que cualquier recuperación de activos debe estar abierta a cuestionamiento en la corte y ser razonable y proporcionada.³³ Así mismo, varias jurisdicciones y la Corte Europea de Derechos Humanos han analizado si las provisiones del decomiso de activos NCB

“poderes legislativos criminales”). Ver también “Cumplimiento de órdenes de restricción basadas en órdenes extranjeras de decomiso de activos sin condena antes de la introducción de la legislación sobre decomiso de activos NCB en Inglaterra, Gales y las dependencias de la Corona” en la parte C.

- 27 Corte Constitucional, Sentencia C-1065-03, Juez Dr. Alfredo Beltrán Sierra (Ley 793 de 2002 declarada como constitucional sobre varios asuntos, incluyendo derechos de propiedad, juicio justo, presunción de inocencia, reversión de la carga de prueba y retroactividad).
- 28 *NDPP v. Mohamed No and Ors* [2003] ZACC 4 (Corte Constitucional de Sudáfrica) (provisiones de preservación estatutaria *ex parte* sin violación del debido proceso y provisiones de juicio justo), *National Director of Prosecutions v. Prophet* [2006] ZACC 17 (Corte Constitucional de Sudáfrica) (ley declarada constitucional en adición a varios temas constitucionales, como violación de derechos a la dignidad, privacidad, juicio justo, silencio, presunción de inocencia hasta demostrarse culpabilidad y derecho a no ser privado arbitrariamente de la propiedad).
- 29 *Charles Mescal y Mrs. Tayoy*, casos Nos. 40-41/2546 (octubre 16, 2003) (aplicación retrospectiva de provisiones de decomiso de activos NCB bajo la Ley Antilavado de Activos sin violación de la Constitución).
- 30 *Murphy v. GM, PB, PC Ltd. y GH*, O’Higgins J., junio 4, 1999 (Corte Suprema de Irlanda) (ley declarada constitucional sobre varios temas, como violación de derecho a un juicio justo, contra la autoincriminación y la propiedad). Ver “Targeting the Proceeds of Crime: An Irish Perspective” en la Parte C.
- 31 *Attorney General of Ontario v. Chatterjee* [2007] ONCA 406 (Corte de Apelaciones de Ontario). (Ley provincial sobre decomiso de activos NCB declarada constitucional sobre asuntos relativos a la presunción de inocencia y la clasificación de la ley relativa a la ley civil y de la propiedad [jurisdicción provincial] en oposición a la ley penal [jurisdicción federal]. La Corte Suprema de Canadá escuchó la apelación el 12 de noviembre de 2008 y se reservó el juicio).
- 32 European Human Rights Commission, No. 12386/1986.
- 33 Comisión Europea, “Green Paper: The Presumption of Innocence” (Comisión Europea, COM(2006)174 final, Bruselas), http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0174en01.pdf, citando *Welch v. United Kingdom* No. 17440/90 (9 de febrero de 1995), *Philips v. United Kingdom* No. 41087/98 (5 de julio de 2001) (cualquier recuperación de activo tiene que estar abierta a cuestionamiento en la corte y ser razonable y proporcionada).

Recuadro 3.4 *Apoyo multilateral para el decomiso de activos NCB*

Naciones Unidas: Uncac, artículo 54(1)(c)

También a través de grupos de trabajo de las NU:

- Grupo de trabajo intergubernamental abierto sobre recuperación de activos, establecido por la Conferencia de Estados Integrantes de la Uncac.
- Grupo de trabajo intergubernamental abierto de expertos sobre la lucha contra el lavado de dinero y la promoción de la cooperación judicial, establecido por la Comisión de Drogas Narcóticas en marzo de 2008.

Grupo de acción financiera: Las cuarenta recomendaciones, Recomendación 3, par. 3.

Secretaría de la Mancomunidad: Provisiones legislativas del modelo de la Mancomunidad sobre la recuperación civil de activos, incluyendo Propiedad Terrorista; Informe del Grupo de Trabajo de la Mancomunidad sobre Repatriación de Activos, 2005, Recomendación 21.

Unión Europea: Decisión Marco del Consejo 2005/212/JHA de 24 de febrero de 2005 sobre Decomiso de Productos, Instrumentos y Propiedad Relacionados con el Crimen, artículo 3, par. 4; Productos del Crimen Organizado: Asegurar que “el crimen no paga”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (Bruselas, 20 de noviembre de 2008, COM(2008) 766).

Países del G-8: Principios del G-8 de Buenas Prácticas sobre rastreo, congelación y decomiso de activos, par. 26.

- a. “Los países podrán considerar adoptar medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin requerir una condena penal...”.

cumplen con la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ECHR).³⁴

La guía identifica y describe muchos de estos casos, los cuales no sólo son útiles para identificar algunos de los potenciales cuestionamientos legales a que se enfrenta una jurisdicción, sino que ofrecen una respuesta razonada de un juez, usualmente de las más altas cortes. Algunos de los argumentos comunes, como también el concepto básico que trata el tema, se relacionan en el recuadro 3.5.

³⁴ *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, Eur.Ct.H.R., Application No. 696/05 (julio 10, 2007) (legislación retroactiva NCB sin violación de la Convención); *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 (Corte de Apelaciones en Irlanda del Norte). (Procesos de decomiso de activos NCB declarados como procesos civiles que no comprometen el artículo 6(2) de la Convención).

Recuadro 3.5 *Temas legales en el decomiso de activos NCB*

<i>Tema legal</i>	<i>Concepto básico</i>
Clasificación civil-penal de la ley (la clasificación penal llevaría a protecciones adicionales y a la carga de la prueba penal)	14
Doble castigo	2
Aplicación retroactiva de las leyes de decomiso de activos NCB	8
La reversión de la carga de la prueba viola la presunción de inocencia (por ejemplo, presunciones)	14
Derecho contra la autoincriminación frente al caso penal	2
Interferencia con los derechos de propiedad	6, recuadro 18
Proporcionalidad del decomiso a la gravedad del delito	15
Derecho del demandante a gastos legales	22

Leyes apropiadas para introducir el decomiso

Al establecer un sistema de decomiso,³⁵ las jurisdicciones deben considerar si el decomiso de activos NCB puede incorporarse a las leyes existentes (por ejemplo, el Código

35 Además del decomiso penal y al decomiso de activos NCB, los sistemas de decomiso de algunos países, inclusive el de los Estados Unidos, emplean también un concepto conocido como “decomiso administrativo”. Se trata de un mecanismo no judicial para atender decomiso de activos NCB sin disputar en los que un funcionario no judicial emite una declaración de decomiso cuando: 1) se ha notificado apropiadamente a las partes interesadas, y 2) nadie busca cuestionar el decomiso. Algunas jurisdicciones aplican el proceso sólo para activos de poco valor; por ejemplo, en los Estados Unidos, los vehículos de cualquier valor y las cuentas bancarias de menos de US\$500.000 pueden ser decomisadas administrativamente, pero los bienes raíces, cualquiera que sea su valor, siempre deben decomisarse judicialmente. Los derechos al debido proceso están protegidos y existen beneficios (por ejemplo, ahorros en costos, atenuante a un sistema judicial sobrecargado); sin embargo, existen desventajas también, particularmente en jurisdicciones en las que existe un alto nivel de corrupción o el sistema de decomiso de activos está en las primeras fases de desarrollo. En estas situaciones es preferible que todas las decisiones de decomiso estén sometidas a la aprobación de la corte. No sólo el escrutinio judicial implementa los controles y equilibrios necesarios, sino que construye apoyo para los varios niveles de ejecución (por ejemplo, policía, enjuiciamiento) y contribuye a desarrollar un cuerpo de experiencia de casos.

Criminal de Suiza,³⁶ la Ley para el Antilavado de Activos de Tailandia, o la Ley para el Antilavado de Activos de Filipinas) o si se garantiza un estatuto por separado (por ejemplo, la Ley sobre Productos del Crimen en el Reino Unido, o la Ley 793 de 2002 en Colombia). Véase el recuadro 3.6 en el que se presentan ejemplos de leyes que incorporan provisiones sobre el decomiso de activos NCB. Las jurisdicciones deberán considerar también el grado al cual pueden remitirse e incorporarse los procedimientos existentes y hasta qué punto deben crear nuevos procedimientos (*ver* concepto básico 4).

Recuadro 3.6 *Jurisdicciones con decomiso de activos NCB y legislación pertinente*

Albania	Ley 9284 de 30 de septiembre de 2004 sobre Prevención y Combate al Crimen Organizado
Antigua y Barbuda	Ley sobre (Prevención de) Lavado de Dinero de 1996.
Australia	Ley de Procedimientos sobre el Crimen de 2002
Canadá (provincias)	Alberta: Restitución a las Víctimas y Ley de Pagos de Compensación, S.A. 2001, c. V-2.5 2001 Columbia Británica: Ley de Decomiso Civil, S.B.C. 2005, c. 29 Manitota: Ley de Decomiso de Propiedad Criminal, C.C.S.M. 2004, c. C306. Ontario: Ley de Remedios Civiles, 2001. S.O. 2001, c. 28 Quebec: Una ley con respecto al decomiso, administración y apropiación de productos e instrumentos de la actividad ilegal, R.S.Q. c. C-52.2. Saskatchewan: Ley sobre Decomiso de Propiedad Criminal, S.S. 2005, c. S-46.001.
Colombia	Ley 793 de 2002 (27 de diciembre) sobre la extinción del derecho de propiedad. Ley 785 de 2002 (27 de diciembre) sobre la administración de activos congelados.
Eslovenia	Ley de Proceso Penal (8/2006 de 26 de enero de 2006), artículo 498a.
Estados Unidos	18 Códigos de Estados Unidos, secciones 981, 983, 984, 985 (decomiso de activos NCB)
Fidji	Ley de Procedimientos sobre el Crimen de 1997, enmendada.
Filipinas	Ley Contra el Lavado de Dinero de 2001 (Ley de la República No. 9160, enmendada por la Ley de la República No. 9194), sección 12. Reglas de procedimiento en casos de decomiso civil, preservación de activos y congelación de instrumentos monetarios, propiedad, o representación de productos, que incluyen o se relacionan con una actividad ilegal u ofensa de lavado de dinero bajo la Ley de la República No. 9160, enmendada (A.M. No. 05-11-04-SC 2005-11-14).

(Continúa en la página siguiente)

36 Código criminal (Suiza), artículos 70-72. Para el texto de las provisiones, *ver* recuadro 12.1 en “Buenas prácticas en el decomiso de activos NCB: perspectiva suiza”, en la Parte C.

(Continuación recuadro 3.6)

Guernsey	El decomiso de dinero, etc., en la Ley sobre procedimientos civiles (Alguacilazgo de Guernsey), 2007.
Irlanda	Ley de Procedimientos sobre el crimen, 1996 (No. 30/1996), enmendada en 2005 (No. 1/2005) Ley sobre la Oficina de Activos Criminales, 1996, enmendada.
Isla de Man	Ley de Procedimientos sobre el Crimen, 2008.
Israel	Ley de Prohibición de Lavado de Dinero, 5760-2000.
Jersey	Ley sobre Recuperación de Activos Civiles (Cooperación Internacional), 2007. Ley de Procedimientos sobre el Crimen (Incautación de Dinero), 2008 (prevé la ejecución de órdenes de decomiso de activos NCB extranjeros).
Liechtenstein	Código de Procedimiento Criminal (StPO) de octubre 18 de 1988, secciones 97a, 98, 98a, 253a, 353, 354, 356, 356a, 357. Código Criminal, secciones 20, 20a, 20b, 20c, 64, 165, 165a.
Reino Unido	Ley de Procedimientos sobre el Crimen 2002 (c. 29), secciones 240-316, 341-416. Ley de delitos graves, 2007 (c. 27), secciones 74-85. Ley sobre Crimen Organizado Grave y Policía, 2005 (c. 15), secciones 97-101, 245A-D, 255A-F.
Suiza	Código Penal, artículos 70-72.
Sudáfrica	Ley sobre Prevención del Crimen Organizado 121 de 1998, enmendada, secciones 37-62.
Tailandia	Ley contra el lavado de dinero de E.B. 2542.

Recuperación de activos

El decomiso de activos NCB no predetermina ni excluye la disposición específica o el uso de los activos decomisados, de los cuales dispone la jurisdicción que los decomisa como lo determine la legislación. Sin embargo, los tratados internacionales pueden establecer varios grados de obligaciones para tal legislación sobre la disposición final de los activos, dependiendo del tipo de delito subyacente (*ver* recuadro 3.7).

Recuadro 3.7 *La recuperación de activos en las Convenciones de las Naciones Unidas*

Uncac

Artículo 57

3. ...el Estado participante solicitado:
 - a) Retornará, en el caso de defraudación de fondos públicos o de lavado de fondos públicos defraudados, la propiedad decomisada al Estado integrante solicitante;
 - b) Retornará, en el caso de productos de cualquier otra ofensa cubierta por esta Convención, la propiedad decomisada al Estado integrante solicitante, cuando éste establezca razonablemente su propiedad anterior de dicha propiedad decomisada al Estado solicitado, o cuando dicho Estado solicitado reconozca el daño al Estado integrante solicitante como base para retornar la propiedad decomisada.
 - c) En todos los demás casos, dará consideración prioritaria al retorno de la propiedad decomisada al Estado integrante solicitante, retornando tal propiedad a sus anteriores dueños legítimos o compensando a las víctimas del crimen.
4. Donde sea apropiado, a menos que los estados integrantes lo decidan en otra forma, los estados integrantes solicitados pueden deducir gastos razonables contraídos en las investigaciones, procesos o procedimientos judiciales que lleven al retorno o disposición de la propiedad decomisada, conforme a este artículo.
5. Donde sea apropiado, los estados integrantes pueden dar también consideración especial a concluir acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, con base en cada caso, para la disposición final de la propiedad decomisada.

Untoc

Artículo 14

1. El Estado integrante dispondrá de los productos del crimen o la propiedad decomisada por él de acuerdo con su legislación y procedimientos administrativos internos.
2. Al actuar sobre la solicitud efectuada por otro Estado integrante... los estados integrantes darán consideración prioritaria, hasta el punto permitido por la legislación local y si se les ha requerido, a la devolución de los productos o propiedades provenientes del crimen decomisados, a sus legítimos dueños.
3. Al actuar sobre la solicitud efectuada por otro Estado integrante... un Estado integrante puede dar consideración especial a concluir acuerdos o arreglos sobre:
 - a) Contribuir el valor de tales productos provenientes del crimen, o propiedad o fondos derivados de la venta de tales productos del crimen o propiedad o parte de ellos a la cuenta designada de acuerdo con el artículo 30, parágrafo 2(c) de esta Convención [cuenta para asistencia técnica] y a órganos intergubernamentales especializados en la lucha contra el crimen organizado.
 - b) Compartir con otros estados integrantes, regularmente y con base en cada caso, tales productos del crimen o propiedad, o fondos derivados de la venta de tales productos del crimen o propiedad, de acuerdo con su legislación o procedimientos administrativos internos.

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación recuadro 3.6)

Convención de Viena

Artículo 5

- a) Los productos o propiedad decomisados por un Estado integrante... serán dispuestos por ese Estado, de acuerdo con su legislación y procedimientos administrativos internos.
- b) Al actuar a solicitud de otro Estado integrante ... un Estado integrante puede dar consideración especial a concluir acuerdos sobre:
 - ii) Contribuir con el valor de tales productos y propiedad, o fondos derivados de la venta de tales productos o propiedad, o una parte sustancial de los mismos, a órganos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el abuso de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas.
 - iii) Compartir con otros estados integrantes, regularmente con base en cada caso, tales productos de propiedad o fondos derivados de la venta de tales productos o propiedad, de acuerdo con sus leyes internas, procedimientos administrativos o acuerdos bilaterales o multilaterales en los que haya entrado para este propósito.

Parte B

Conceptos básicos del decomiso de activos sin condena

4

Imperativos primordiales

CONCEPTO BÁSICO 1

El decomiso sin condena (NCB) nunca debe sustituir al proceso penal.

Dispensar un proceso penal a favor del decomiso de activos NCB socava la eficacia de la ley penal y la confianza del pueblo en la ejecución de la ley. Por tanto, aunque el decomiso de activos NCB constituye una herramienta eficaz para recuperar activos conectados con el crimen, no debería emplearse como alternativa al proceso penal cuando una jurisdicción está en capacidad de enjuiciar al delincuente. En otras palabras, no debería permitirse a los criminales evitar el enjuiciamiento señalando al sistema de decomiso de activos NCB como mecanismo para buscar resarcir los delitos que se han cometido. Sacrificar un proceso penal, cuando pueda realizarse, a cambio del decomiso de activos NCB da la apariencia de que un delincuente compra su salida del proceso penal. La reducción del crimen se asegura mejor, en general, con procesos penales, declaraciones de culpabilidad y decomisos. Así, los procesos penales deben proceder cuando quiera que sea posible con el fin de evitar el riesgo de que los fiscales, las cortes y el público vean la entrega de activos como una sanción suficiente cuando se han violado las leyes penales.

Sin embargo, el decomiso de activos NCB debería ser complementario a los procesos y condenas penales. Puede anteceder un acta de acusación o ir en paralelo a los procesos penales (*ver* concepto básico 2). Además, la opción de decomiso de activos NCB debe preservarse en todos los casos de tal modo que pueda estimularse si no se cuenta con la disponibilidad del proceso penal³⁷ o es infructuosa;³⁸ este principio debe

37 Por ejemplo, si el acusado ha muerto, huido de la jurisdicción o es inmune al proceso, o el delito está prohibido por estatutos. Para referencia adicional, *ver* “El decomiso sin condena como herramienta para la recuperación de activos” en la Parte A.

38 Por ejemplo, el acusado es absuelto o la evidencia existente es insuficiente para asegurar una condena penal. Para referencia adicional, *ver* “El decomiso sin condena como herramienta para la recuperación de activos” en la parte A.

declararse afirmativamente en la ley (*ver también*, concepto básico 3). Será necesario todavía probar que los activos están manchados (esto es, constituyen productos de crimen o instrumentos utilizados para cometerlo).

CONCEPTO BÁSICO 2

Debe definirse la relación entre un caso de decomiso de activos NCB y cualquier proceso penal, incluyendo una investigación pendiente.

Debido a que el decomiso de activos NCB se activa con la conducta criminal, puede haber instancias en las que la investigación y condena penal chocan o prosiguen en paralelo con la acción de decomiso de activos NCB. La mayoría de estas situaciones pueden anticiparse y la legislación debe prever una resolución una vez la jurisdicción decida el punto en el cual se permita que prosigan los procesos NCB. Las jurisdicciones deberán decidir si se permitirán los procesos NCB sólo cuando no sean posibles los procesos penales y el decomiso, o si la acción del decomiso de activos NCB y la condena penal pueden proseguir en forma simultánea.

El enfoque simultáneo es el método preferido. Sin embargo, no es necesario que ambos prosigan al mismo tiempo. Por ejemplo, el estatuto de decomiso de activos NCB puede permitir al gobierno o al dueño de los activos –usualmente el acusado en el asunto penal– buscar una estadía o una prórroga del caso de decomiso de activos NCB hasta que se resuelva la investigación o el caso penal.³⁹ O el estatuto podría permitir que el caso de decomiso prosiga junto al penal pero provea que la información compulsada del propietario de los activos no pueda emplearse contra él o ella en el proceso penal.⁴⁰ En ausencia de algunas protecciones, existe riesgo de que el propietario acusado de los activos pueda quedar imposibilitado de cuestionar la acción de decomiso de activos NCB por el temor de incriminarse a sí mismo, o utilizarse el descubrimiento en el caso

39 Como nota práctica, si a un proceso penal le sigue una condena, los fondos formarán parte de los activos decomisados y la condena constituirá evidencia disponible en el proceso de decomiso de activos NCB. En efecto, esto permite varias oportunidades para que la agencia de ejecución de la ley recupere los productos del crimen.

40 En la Ley sobre productos del crimen de 2002 del Reino Unido, sección 357, se describen los procedimientos para la divulgación obligada. Una persona que presenta evidencia correspondiente a una orden de divulgación se encuentra protegida por la regla contra la autoinculpación. La evidencia obtenida de una orden de divulgación no puede utilizarse en los procesos penales, excepto para evidencia de impugnación o por los coacusados: Ley sobre productos del crimen de 2002 del Reino Unido, sección 360; *Saunders v. United Kingdom* [1996] 23 EHRR 313 (las divulgaciones obligadas por estatutos en una investigación de fraude no eran admisibles en procesos penales). Para la incautación de dinero en el Reino Unido, usualmente se aplaza el caso de NCB hasta después de los procesos penales.

del decomiso de activos NCB para obtener información que entonces sería utilizada para perjudicar el proceso penal.⁴¹

En casos de narcóticos en Tailandia, existe discreción para proceder con el decomiso de activos NCB simultáneamente con el proceso penal.⁴² Además, si existe una absolución en la Corte Penal, la Office of the Narcotics Control Board (Oficina de la Junta de Control de Narcóticos) y la Policía Real de Tailandia entregarán todos los activos incautados o restringidos a la Anti-Money Laundering Office (AMLO, Oficina para el Antilavado de Activos) para la iniciación de procesos de decomiso de activos NCB y proporcionarán evidencia y cooperación a la AMLO a fin de lograr el decomiso de activos NCB. Otras jurisdicciones suministrarán también información compartida entre las agencias en la legislación NCB.⁴³ Dicha información compartida es crucial para las propias investigaciones internacionales del país y el cumplimiento de los compromisos internacionales.⁴⁴

Tanto el proceso penal como la acción de decomiso de activos NCB pueden proceder sin violar las protecciones contra doble perjuicio porque el decomiso de activos NCB no constituye ni un “castigo” ni un proceso penal. En el caso *United States v. Ursery*, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró: “Nuestros casos de revisión de decomisos civiles según la Cláusula de Doble Riesgo se adhieren a un tema notablemente consistente... El decomiso de activos NCB *In rem* constituye una sanción remedial civil, distinta de las penalidades civiles potencialmente punitivas *in personam* tales como multas, y no constituye un castigo bajo la Cláusula de Doble Riesgo”.⁴⁵ Las cortes de otras jurisdicciones han llegado a la misma conclusión, o han confirmado que el decomiso de activos NCB no constituye castigo o proceso penal.⁴⁶ En *Walsh v. Director of*

41 Por ejemplo, al permitir al acusado obtener información sobre testigos del gobierno antes del tiempo permitido de otra forma, puede dar como resultado que esos testigos sean intimidados por el sospechoso. Puede introducirse el concepto de descubrimiento limitado para tratar el asunto. Tales riesgos pueden ser limitados o no existir en las jurisdicciones de derecho civil.

42 Ley Contra el Lavado de Dinero de 1999, sección 58: “Cuando el activo implicado en la comisión de un delito esté sujeto a otro proceso legal que no hubiese comenzado aún, o esté pendiente, o si fuese más efectivo proceder bajo esta Ley, entonces el gobierno procederá según se estipula en esta Ley”.

43 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 436; Ley de Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 71; Ley de Remedios Civiles (Ontario, Canadá), sección 19.

44 Ver GAFI, las Cuarenta Recomendaciones, recomendaciones 35-40 sobre cooperación internacional y asistencia judicial mutua.

45 *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 278 (1996).

46 *The Scottish Ministers v. Doig* [2006] CSOH 176 (Escocia); *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 (Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte). La natura-

the Assets recovery Agency, la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte declaró: “El propósito primordial es el de recuperar los productos del crimen; no constituye un castigo para el demandante en el sentido normalmente contemplado en una sanción penal”.⁴⁷

CONCEPTO BÁSICO 3

El decomiso de activos NCB debería estar disponible cuando el proceso penal no lo está o no es fructífero.

Proceso penal no disponible

El decomiso de activos NCB debería claramente prescribirse para instancias en las que el dueño de la propiedad no está disponible para su proceso. La no disponibilidad puede deberse al hecho de que el delincuente haya muerto, haya huido de la jurisdicción o goce de inmunidad de proceso. Permitir a una persona que pueda evitar el proceso con el fin de retener sus activos adquiridos en forma ilegal (o trasladar los activos a sus herederos en caso de muerte) constituye un enorme incentivo para cualquier criminal potencial. Aun si se consideran las acciones de decomiso de activos NCB como compensatorias en una jurisdicción y punitivas en otra, la incapacidad de procesar no debería afectar otra acción legal para recuperar los productos e instrumentos del crimen.

Algunas jurisdicciones tienen distintos activadores de tiempo para las acciones de decomiso de activos NCB contra los activos de un difunto. Por ejemplo, algunas opciones son permitir que proceda el decomiso contra un acusado muerto si la muerte ocurre después de que: 1) la investigación haya comenzado, 2) se hayan proferido los cargos, o 3) se haya anunciado una condena. Algunas jurisdicciones imponen restricciones similares para utilizar el decomiso de activos NCB contra los activos de un fugitivo, a partir del momento en que éste se haya fugado. El punto no es limitar la ejecución de

leza compensatoria del decomiso de activos NCB ha sido afirmada en el contexto de si el decomiso de activos NCB pudiese ser tan punitivo como para ofender la provisión de la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe la imposición de multas excesivas. En *United States v. Alexander*, 32 F.3d 1231, 1236 (8th Cir. 1994), la corte declaró que “El decomiso de productos no puede considerarse como castigo y está así sujeto a la cláusula de multas excesivas, ya que simplemente separa al propietario de los frutos de la actividad criminal”. Es considerada también como una “medida” y no un “castigo” en Suiza. (Ver “Las buenas prácticas en el decomiso sin condena: perspectiva suiza”, en la Parte C.)

⁴⁷ *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 (Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte) en el par. 39.

la ley, sino más bien, permitirle que prosiga *in rem* al margen de cuándo haya muerto o huido de la jurisdicción el delincuente.⁴⁸

En forma semejante, los activos adquiridos ilegalmente no deberían estar protegidos del proceso por ninguna inmunidad personal de que pueda gozar un funcionario. Cuando se otorga inmunidad a un funcionario debido a la condición de funcionario oficial o de diplomático de esa persona, una acción penal contra ese individuo generalmente no está permitida (en ausencia de dispensa por parte de la jurisdicción o su parlamento). Este manto de inmunidad no debería proteger los activos de un funcionario corrupto contra los procesos o investigaciones de decomiso de activos NCB (véase el recuadro 4.1 sobre las reformas peruanas para tratar las inmunidades). Así, deberían considerarse provisiones que excluyan a las personas que reclaman inmunidad para proceso penal, de suministrar evidencia en una acción de decomiso de activos NCB, a menos que existan sanciones apropiadas. Tales provisiones podrían excluir a la persona que se haya rehusado a suministrar evidencia en un proceso penal de introducir evidencia en la acción de decomiso de activos NCB o podría instruir al juez de hecho extraer una inferencia adversa con base en la falta de evidencia o estimar ciertos hechos como probados.⁴⁹ Una provisión en la legislación sobre el decomiso de activos NCB debería declarar expresamente que no exista inmunidad para los activos y, donde sea necesario, las jurisdicciones deberían estar preparadas para emitir notas diplomáticas estipulando que cualquier inmunidad residual sea desechada con respecto a los activos.

Proceso penal no fructífero

El decomiso de activos NCB debería estar disponible también para situaciones en las que el proceso penal no haya sido fructífero, por ejemplo, cuando un acusado haya sido absuelto⁵⁰ o el acusado no pueda ser procesado porque la evidencia es insuficiente para asegurar una condena penal más allá de la duda razonable o de la convicción

48 En Filipinas, la acción de decomiso de activos NCB es *sui generis*. La Ley para el antilavado de activos requiere que el dueño de la propiedad sujeta al decomiso sea acusado como parte; no obstante, los procesos pueden mantenerse en su ausencia.

49 Ciertas sanciones pueden presentar problemas para la cooperación internacional con algunas jurisdicciones, en particular donde las sanciones obstruirían el debido proceso.

50 *Ver Director of the Assets Recovery Agency v. T and others* (2004) EWHC 3340 (Reino Unido) (la absolución sobre lavado de dinero por razones de divulgación no obstaculiza el decomiso de activos NCB de los fondos); *National Director of Public Prosecutions v. Prophet* [2006] ZACC 17 (la absolución sobre cargos de tráfico de drogas no obstaculiza el decomiso de activos NCB de la residencia); *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354, 361-62 (1984) (la absolución sobre violación penal sobre armas de fuego no obstaculiza el decomiso de activos NCB de las armas), *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409

Recuadro 4.1 *Las reformas legislativas de Perú para tratar las inmunidades*

En el año 2000, videos televisados presentaron a Vladimiro Montesinos, el jefe del servicio de inteligencia de Perú en el gobierno del presidente Fujimori, sobornando a un congresista elegido. Investigaciones posteriores revelaron la vasta red de actividades ilegales de Montesinos. Para recuperar los productos de la corrupción, el gobierno del Perú introdujo la Ley 27.379 con el fin de tratar las inmunidades enmarcadas en el artículo 99 de la Constitución, que exoneraba a una amplia variedad de funcionarios públicos superiores del proceso penal ordenando que sólo podían ser acusados y juzgados por una Comisión del Congreso.^a

La Ley 27.379 autorizó al Procurador General para iniciar investigaciones preliminares contra estos funcionarios. Además, el Procurador General podía tomar medidas preliminares provistas en la ley después de obtener autorización de un juez de la Corte Suprema.

- a. El artículo 99 de la Constitución de Perú establece que sólo la Comisión Permanente del Congreso puede acusar y juzgar al presidente, los miembros del Congreso, los ministros del Estado, los jueces de la corte constitucional y la corte suprema, los miembros del consejo judicial, los fiscales jefes, el defensor del pueblo y el contralor por crímenes cometidos durante su ejercicio y hasta cinco años después de dejar su cargo.

íntima.⁵¹ Las absoluciones pueden ocurrir por cualquier número de razones: la evidencia reunida en una búsqueda ilegal puede ser declarada inadmisibile; un testigo puede retractarse; un juez del juicio puede desorientar al jurado; un jurado puede ser intimidado para declarar no culpabilidad. La falta de evidencia suficiente puede ocurrir por razones similares y a menudo es una realidad infortunada en los casos de corrupción y crimen organizado. Sin embargo, en los sistemas de decomiso de activos NCB que aplican un estándar de prueba inferior al estándar para una condena penal (lo que no siempre sucede en algunas jurisdicciones de derecho civil), puede todavía existir suficiente evidencia para establecer una obligación sobre este estándar inferior (*ver* concepto básico 14).

U.S. 232, 234-35 (1972) (la absolución de cargos de contrabando criminal no obstaculiza el decomiso de activos NCB posterior de los artículos del contrabando). Para ejemplos legislativos específicos, *ver* Ley sobre Productos del Crimen de 2002 de Australia, sección 51; Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 50(4); y la Ley de Remedios Civiles de 2001 de Ontario, Canadá, sección 17(2), “En los procesos bajo esta Ley, puede hallarse que se ha cometido un delito aun si: a) ninguna persona haya sido acusada de delito; o b) una persona fue acusada por el delito, pero el cargo fue retirado o se mantuvo o la persona fue absuelta del cargo”.

- 51 *Ver Assets recovery Agency v. Woodstock* [2006] EWCA Civ 741 (Reino Unido) (la falta de evidencia para proceder penalmente –después que los testigos repudiaron– no obstaculizó el decomiso de activos NCB).

CONCEPTO BÁSICO 4

Las reglas de evidencia y procedimiento aplicables deben ser lo más específicas posible.

Los sistemas locales de decomiso de activos NCB se benefician de las reglas legisladas de evidencia y procedimiento que son específicas y están bien definidas. Dicha especificidad promueve la uniformidad en la aplicación y reduce la oportunidad para reglas impuestas judicialmente que podrían ser inconsistentes con el objetivo de la legislación. Si bien es importante contar con un estatuto lo bastante flexible para evolucionar con los cambios de los tiempos, un estatuto de sólo principios generales, y no de provisiones y definiciones específicas, invita a la corte a completar el trabajo de la legislatura y puede producir reglas mucho menos favorables al decomiso que las contempladas por la legislatura o el parlamento, lo cual es particularmente problemático en los sistemas con un poder judicial inexperto en decomisos y en situaciones en las que la corrupción ha invadido la administración de justicia. El resultado es con mucha frecuencia un cuerpo de ley de casos que desarrolla inconsistencia a través del tiempo y crea incertidumbre para los fiscales e igualmente para los ciudadanos. Esta incertidumbre e imprevisibilidad se convierte en un incentivo para que los fiscales utilicen dichas leyes.

Las leyes, reglas administrativas y reglas de procedimiento deberían usualmente cubrir lo siguiente:

- Investigaciones, inclusive métodos, para la obtención de evidencia.
- Localización de origen requerida por el gobierno para sustanciar su caso.
- Restricción e incautación de activos, incluyendo la duración de la limitación y la incautación y la capacidad de buscar extensiones de tiempo aprobadas judicialmente.
- Decomiso, incluyendo
 - Requerimientos para la base factual y legal necesaria para ordenar el decomiso.
 - Partes con intereses permanentes, de terceros, condición de los fugitivos (esto es, privación de derechos de los fugitivos), difuntos y funcionarios con inmunidad.
 - Partes con derecho a notificación y cómo se efectúa.
 - Límites de tiempo para presentar⁵² y responder acciones de decomiso.

52 Muchas jurisdicciones tienen un límite de tiempo prescrito para iniciar procesos de decomiso después de una incautación, además de un estatuto de limitaciones para el decomiso.

- Reglas, si las hay, de protección contra la autoinculpación en procesos penales basados en entrevistas efectuadas para procesos NCB.
- Defensas aplicables.
- Admisibilidad de evidencia (por ejemplo, rumores y documentos sumarios).
- Capacidad de solicitar a la corte disponer de una o más pretensiones a favor de la parte en movimiento sin necesidad de procesos de juicio adicionales.
- Requerimientos de razones por escrito para el juicio especificando bases factuales y legales, que deberían constituir también documento público.
- Si es permitido el pago en lugar del decomiso.
- Si la propiedad que representa la propiedad original es recuperable (activos sustitutos).
- Administración de los activos.
- Cooperación internacional, inclusive si se requiere la criminalidad dual⁵³ para la cooperación internacional y el efecto extraterritorial de una orden de restricción y recuperación (u orden final).

Al proponer la ley, las jurisdicciones deberían considerar si los procedimientos existentes son aplicables y pueden incorporarse o si es necesario crear nuevos procedimientos. Si se requieren nuevos procedimientos, las jurisdicciones deben determinar si esas provisiones deben disponerse en la ley sustantiva o promulgarse como regulaciones, código administrativo o reglas de la corte. Si se promulgan los nuevos procedimientos, algunas jurisdicciones harán referencia también a un código de procedimiento que se utilizará en el evento de que la ley NCB no provea suficiente dirección procedimental sobre un asunto.⁵⁴

Muchas jurisdicciones publican una historia legislativa o notas explicativas⁵⁵ con el fin de acompañar las nuevas leyes y clarificar el propósito de la legislatura y ayudar

53 La práctica corriente y el requisito del artículo 43 de Uncac, es que la criminalidad dual se cumple si la conducta subyacente al delito constituye delito penal en ambas jurisdicciones. Debe cumplirse al margen de si se utiliza la misma terminología o categoría de delito en ambas jurisdicciones.

54 La Ley 9284 de 2004 sobre Prevención y Combate al Crimen Organizado de Albania, en su artículo 4(3) declara: “Las investigaciones y juicios según esta ley se apoyan en las reglas de procedimiento civiles y administrativas vigentes, en adición a las contempladas y específicamente a las que se refiere esta ley”. La Ley para el antilavado de activos de 1999 de Tailandia, secciones 56 y 57, prevé que el Código de Procedimiento Civil se aplique en ausencia de reglas, procedimientos y condiciones prescritas en las Regulaciones Ministeriales o las Regulaciones de la Junta para el Antilavado de Activos.

55 *Ver*, por ejemplo, “Explanatory Memorandum to the Proceeds of Crime Act 2002 (Legal Expenses in Civil Recovery Proceedings) Regulations 2005 (2005 No. 3382) (Reino Unido)”.

a las cortes al interpretar la ley. No sólo es una medida extremadamente importante para la uniformidad al aplicar la ley, sino que es también muy útil para propósitos de transparencia y responsabilidad. Esta práctica debería ser útil al promulgar leyes de decomiso de activos NCB, especialmente si el país no tiene historia anterior de dichas leyes.

Asimismo, y donde la ley lo permita, un país puede promulgar regulaciones o reglas administrativas de práctica para complementar la legislación NCB,⁵⁶ mientras éstas no entren en conflicto con otra legislación o amplíen la legislación NCB. Tales reglas o regulaciones administrativas requerirían habilitar la legislación que delegue a la rama ejecutiva (u otra autoridad competente) la autoridad de promulgar las reglas o regulaciones administrativas, lo cual puede constituir un método particularmente eficiente de especificar muchos de los aspectos procedimentales y técnicos de un plan de decomiso de activos NCB sin requerir a la legislatura emplear tiempo en los detalles del plan. Por ejemplo, las reglas administrativas pueden prever cómo se mantenga la propiedad decomisada, los procedimientos para notificar de la acción de decomiso a las partes interesadas, o cómo pueden buscar los acusados atenuantes del decomiso, por ejemplo, a través de una petición de atenuación, si lo permite la legislación. En otras jurisdicciones puede existir la necesidad de que la legislación determine estos asuntos. Un beneficio importante de las reglas administrativas es el de que pueden revisarse en cualquier momento sin revisión judicial o legislativa. Las legislaturas son con mucha frecuencia lentas para revisar las leyes sobre decomisos, pero las reglas administrativas permiten actualizaciones oportunas para atender las necesidades cambiantes de un programa de decomisos. Cualquier regla administrativa y la legislación que la habilite deben prever que una grieta en la regla administrativa no pueda crear derechos exigibles o afectar la validez del decomiso. Además, es importante anotar que dichas reglas administrativas o regulaciones son complementarias y no deben utilizarse para anular la legislación primaria.

56 Aunque las reglas administrativas no son equivalentes a la legislación, pueden prescribir procedimientos para implementar la ley. Colombia tiene procedimientos administrativos para complementar la legislación sobre el decomiso de activos NCB, que incluyen la regulación de asuntos relacionados con la administración de los activos. Véase también “Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva”, en la parte C.

5

Definir los activos y delitos sujetos al decomiso de activos NCB

CONCEPTO BÁSICO 5

Los activos derivados de la mayor variedad posible de delitos penales deberían estar sujetos al decomiso de activos NCB.

Algunas jurisdicciones han promulgado leyes que relacionan los delitos específicos que dan motivo para el decomiso de activos NCB y sólo los productos e instrumentos de estos delitos designados están sometidos al decomiso. Si se utiliza el enfoque de listas al proponer la legislación, la lista debe ser equivalente a, si no más expansiva, que la lista de delitos provista en las convenciones internacionales⁵⁷ o en la Recomendación 1 de las Cuarenta Recomendaciones sobre Lavado de Dinero de la Financial Action Task Force (GAFI, Grupo de Acción Financiera).⁵⁸ Algunas jurisdicciones han provisto sencillamente que todos los productos e instrumentos del crimen, o en algunos casos, los productos e instrumentos de cualquier delito mayor o delito grave, se vean sometidos al decomiso.⁵⁹ El último enfoque de someter

57 Uncac, artículos 15-27; Untoc, artículos 5, 6, 8, 23; Convención de Viena, artículo 3.

58 Esta Recomendación 1 prevé que los países apliquen el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con el objeto de incluir la rama más amplia de delitos como subyacentes al lavado de activos. Indica que cada país debería incluir por lo menos “una serie de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas”, a saber: participación en un grupo delictivo organizado y extorsión; el terrorismo, incluida su financiación; el tráfico de personas y contrabando de inmigrantes; la explotación sexual, incluida la de niños; el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; el tráfico ilícito de armas; el tráfico ilícito de bienes robados y otros; la corrupción y el soborno; el fraude; la falsificación de dinero; la falsificación y piratería de productos; delitos ambientales; el homicidio; las lesiones corporales graves; el secuestro, la privación ilegítima de la libertad y la toma de rehenes; el atraco y el robo; el contrabando, la extorsión, la falsificación y la piratería; y el uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado.

59 Ver el artículo 70 del Código Penal de Suiza; la sección 20b del Código Penal de Liechtenstein; la sección 1 de la Ley sobre Productos del Crimen (Am) de 1996 de Irlanda; la Ley de

todos los crímenes al decomiso de activos NCB es más completo y también más fácil de entender y aplicar.

CONCEPTO BÁSICO 6

Las categorías más generales de activos deben estar sujetas al decomiso.

La legislación sobre el decomiso de activos NCB debe proponerse de forma que tenga alcance para todos los activos de valor, incluyendo productos del crimen y la propiedad a la que se pueda localizar su origen a partir de ellos, los instrumentos del crimen, la propiedad fungible, los bienes mezclados y activos sustitutos (es decir, bienes equivalentes) y los productos derivados de delitos extranjeros si la conducta que ocasiona el decomiso constituye también un crimen en el país en el que están ubicados los activos (*ver* recuadro 5.1 para un ejemplo del tipo de propiedad que deberá abarcar la legislación sobre el decomiso).

Productos e instrumentos

Los productos son en general cualquier cosa de valor que la persona haya obtenido directa o indirectamente como resultado de un acto criminal. Los instrumentos, algunas veces conocidos como “propiedad facilitadora”, son en general cualquier propiedad utilizada, o con fines de utilizarse, en cualquier forma o parte, para cometer o facilitar la comisión del delito penal.⁶⁰ Las convenciones internacionales definen generalmente

Prevenición del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica; la sección 1 de la Legislación del Modelo de la Mancomunidad. La Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido define la conducta ilegal en la sección 241 como sigue: 1) la conducta en cualquier parte del Reino Unido es conducta ilegal si se considera ilegal en la ley penal de esa parte. 2) La conducta que: a) ocurra en un país fuera del Reino Unido y sea ilegal según la ley penal de ese país, y b) si ocurre en una parte del Reino Unido, y fuese ilegal según la ley penal de esa parte, constituye también conducta ilegal.

60 En Sudáfrica, la Corte Suprema de Apelaciones ha tenido ocasión de determinar si la propiedad objeto puede ser considerada como un “instrumento de delito” dentro del significado de la Ley de Prevenición del Crimen Organizado de 1998. La Corte sostuvo que debe existir un vínculo o relación funcional suficientemente cercano entre la propiedad y el crimen; que la propiedad debe ser instrumental en la comisión de actividades ilegales y no simplemente incidental: *NDPP v. RO Cook and Ors* [2004] SACR 208 (la casa donde personas secuestradas fueron mantenidas como rehenes y asaltadas fue incidental a los delitos sobre las premisas); *NDPP v. Parker* [2005] ZASCA 124 (la casa utilizada para la venta y almacenaje de drogas constituyó instrumento porque se trataba de una tienda de drogas y por tanto sustancialmente instrumental en la comisión de los delitos), *NDPP v. Mohunram* [2006] SCA 11 (el hecho de que sólo parte de una propiedad (un casino) fue utilizada en la comisión

Recuadro 5.1 *Garantizar que la legislación sobre decomiso permita la incautación de todas las formas de propiedad*

Rarezas apreciadas incluidas en la incautación. En los Estados Unidos, la Drug Enforcement Agency incautó US\$4 millones en propiedades personales del médico acusado DuBrule, incluidas más de 1.000 tarjetas de béisbol con un valor total de US\$280.000, entre las que había algunas por valor de US\$6.000 (de 1909) y US\$15.000 (de 1912).

los productos o instrumentos de un delito que pueden estar sujetos a la limitación, incautación o decomiso.⁶¹ La legislación NCB debe ser igualmente amplia en las definiciones de estos términos. Para incautar instrumentos de crimen y propiedad que facilite el crimen, es mejor incluir propiedad implicada en el crimen y no limitar la definición en la legislación a los productos.⁶²

Productos derivados de delitos extranjeros

Es útil tener una provisión en la legislación que autorice la recuperación de activos obtenidos mediante actos ilegales cometidos en el exterior, si la conducta fue ilegal donde tuvo lugar y sería ilegal en por lo menos una parte de la jurisdicción local.⁶³

de un crimen (infracción de la Ley sobre Juegos) no determina si la propiedad constituyó un “instrumento”, aunque puede ser pertinente al considerar la proporcionalidad).

61 Uncac, artículos 2, 31(1); Untoc, artículos 2, 12; Convención de Viena, artículos 1,5; Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2005/212/JHA.

62 Ver el artículo 2 de la Ley 793 de Colombia (declarada constitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-1065/03).

“Se ordenará el decomiso mediante sentencia de la corte en las siguientes circunstancias:

2. La propiedad o propiedades se derivaron, directa o indirectamente, de actividad ilegal.
3. La propiedad fue utilizada como medio o instrumento para realizar una actividad ilegal, ya sea que dicha propiedad se utilizara realizar para la actividad o formara parte del objeto del delito.
4. La propiedad o recursos implicados se derivan de la transferencia o intercambio de otros bienes o recursos obtenidos directa o indirectamente de actividad ilegal, utilizados para realizar actividades ilegales, o fueron producto, resultado, instrumento u objeto del delito...”

63 En el Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procedimiento Civil de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, sección 61, se define “conducta ilegal” como “conducta que: a) tiene lugar en un país fuera del alguacilazgo y es ilegal según la ley penal de ese país, y b) si tuvo lugar en cualquier lugar en el alguacilazgo sería ilegal según la ley penal de ese lugar”. Provisiones similares pueden hallarse en el Código Penal de Liechtenstein, sección 20b(2); la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 241; la Ley de Remedios Civiles

Dicha provisión incluiría situaciones en las que se comete la conducta criminal en una jurisdicción extranjera y se invierten los productos del crimen en la jurisdicción local (ver recuadro 5.2). La legislación debería autorizar que los productos con el propósito de utilizarse en el exterior se decomisen si la conducta para la que se intenta utilizar los productos fuese ilegal tanto en la jurisdicción local como en el país en donde se intenta que tenga lugar la conducta.

Activos sustitutos

Dado que las empresas criminales, en especial las encubiertas, tienen capacidad de convertir activos específicamente confiscables en otros activos para el momento en que se obtenga una orden de decomiso, algunas jurisdicciones han promulgado leyes que prevén el decomiso de los activos sustitutos. Este concepto le permite a un gobierno decomisar activos no manchados de un valor equivalente a los activos que no pueden recuperarse debido a alguna acción del delincuente.⁶⁴ En los Estados Unidos, el Con-

Recuadro 5.2 Productos de crímenes cometidos fuera de la jurisdicción: la experiencia en Irlanda

Al promulgarse en Irlanda la Ley sobre Productos del Crimen de 1996, no tenía provisión expresa para que se aplicase a los productos de crímenes cometidos fuera del país.

En el caso *DPP v. Hollman*,^a el delito fue un fraude cometido en Suiza y los productos se habían depositado en Irlanda. El demandado argumentó que la ley no se aplicaba a productos de crímenes extranjeros y, aunque este argumento fue rechazado por la Alta Corte por razones políticas, fue eventualmente considerado por la Corte Suprema en *McK v. D*,^b donde la Corte revisó el propósito de la legislación y sostuvo que la ley no incluía crímenes extranjeros.

La legislatura respondió con la Ley (Enmienda) de Productos del Crimen de 2005, que incluyó una nueva definición de “conducta criminal” en la sección 3, asegurando que la criminalidad extranjera estaría cubierta por el alcance de la legislación donde existan productos de esa criminalidad en Irlanda.

a. [1999] IEHC 20 [julio 29, 1999] delito fraudulento cometido en Suiza, dinero depositado en Irlanda) (Corte Superior de Irlanda).

b. [2004] 2 ILRM 419 [2004] IESC 31 (mayo 17, 2004) (Corte Suprema de Irlanda).

de 2001 de Ontario, Canadá, sección 2; y la Segunda Enmienda de la Ley de Prevención del Crimen Organizado de 1999 de Sudáfrica, sección 1.

64 Las convenciones internacionales requieren que los países tomen medidas cuando sea necesario para habilitar el decomiso de activos sustitutos y activos mezclados, así: Uncac, artículo 31(4)-(5); Untoc, artículo 12(3)-(4); Convención de Viena, artículo 5(6); Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2005/212/JHA. Ver también Código de los Estados

greso ofreció una explicación de porqué incluía los activos sustitutos como parte de la Ley de Decomiso Penal, anotando que sin tal provisión,

[Un] demandado puede tener éxito al evitar la sanción de decomiso simplemente transfiriendo sus activos a otra persona, colocándolos más allá de la jurisdicción de la corte, o ejerciendo otras acciones para que su propiedad confiscable no estuviese disponible en el momento de la condena.⁶⁵

Así, una persona que anticipe que algo de su propiedad pueda estar sujeta al decomiso penal tiene no sólo un incentivo obvio, sino amplia oportunidad, de transferir sus activos o removerlos de sus jurisdicción de la corte con anterioridad al juicio y así protegerlos de cualquier posibilidad de decomiso... El impacto económico importante de imponer la sanción del decomiso contra el demandado se pierde así [a menos que el gobierno pueda decomisar propiedad no manchada sustituta].⁶⁶

Estas mismas consideraciones se aplican a las acciones de decomiso de activos NCB y, por tanto, la legislación debería autorizar el decomiso de activos sustitutos o, donde sea posible, la imposición de un juicio de dinero de decomiso.⁶⁷ (Ver recuadro 5.3 para ejemplos de legislación sobre activos sustitutos.)⁶⁸

Tal procedimiento llegaría a los activos no manchados cuando: 1) sea posible cuantificar la ganancia de la conducta que da lugar al decomiso o la pérdida de la víctima, el mayor de los dos; 2) el delincuente haya dispersado la propiedad manchada, pero retiene otros activos; o 3) sea imposible o impracticable rastrear la propiedad específica.

Unidos, sección 853(p); *United States v. Wingerter*, 369 F. Supp. 2d 799 (E.D. Va. 2005) (dirigir la preservación de fondos no manchados del delincuente obtenidos por herencia porque fue probable que este activo sustituto se necesitara para satisfacer orden de decomiso para activos que ya no se encuentran en posesión del delincuente). Ver también Sentencia C-1065/03 de la Corte Constitucional de Colombia (declarando la constitucionalidad del decomiso de activos sustitutos como mecanismo necesario cuando la propiedad ya no está en posesión del delincuente).

65 S. Rep. No. 98-225, en 201, 212, reimpresso en 1984 U.S.C.C.A.N. en 3384, 3395.

66 S. Rep. No. 98-225, en 195, reimpresso en 1984 U.S.C.C.A.N. en 3378.

67 Un juicio de dinero de decomiso se basa en la noción de que el decomiso no debería limitarse a la propiedad cuyo origen puede rastrearse hasta el delito, que pueda estar todavía en posesión del delincuente. Se trata de un juicio civil contra un individuo en una cantidad igual a los productos que el individuo obtuvo con su delito. Como juicio contra un individuo, puede ser satisfecho con cualesquier activos que posea el deudor del juicio. El artículo 71 del Código Penal de Suiza declara: “Donde los activos que van a ser confiscados ya no están disponibles, el juez ordenará un reclamo compensatorio a favor del Estado por una cantidad equivalente”.

68 El recuadro 5.3 ofrece ejemplos de Colombia, los Estados Unidos y Filipinas. España también prevé el decomiso de activos sustitutos.

Recuadro 5.3 *Tres ejemplos de legislación sobre activos sustitutos*

Colombia

Ley 793, artículo 3

Si no es posible localizar o ejecutar la incautación de la propiedad declarada objeto de decomiso en el momento de la sentencia, el juez puede ordenar el decomiso de propiedad o bienes sustitutos poseídos por la misma persona y de igual valor. Este artículo no se interpreta en perjuicio de los derechos de terceras partes inocentes que actúan de buena fe.

Estados Unidos

Título 18 del Código de los Estados Unidos, sección 853(p)

(p) Si cualquier propiedad de la descrita en la subsección (a) de esta sección, como resultado de cualquier acto u omisión del demandado

- 1) no puede ser localizada al momento del ejercicio de la debida diligencia;
- 2) ha sido transferida o vendida a, o depositada con, una tercera parte;
- 3) ha sido situada por fuera de la jurisdicción de la corte;
- 4) ha disminuido sustancialmente su valor; o
- 5) ha sido mezclada con otra propiedad que no puede dividirse sin dificultad,

la corte ordenará el decomiso de cualquier otra propiedad del demandado hasta el valor de cualquiera de las propiedades descritas en los párrafos (1) a (5).

Filipinas

Ley de la República 9160, sección 12(c)

Donde la corte haya emitido orden de decomiso del instrumento monetario o propiedad objeto de delito de lavado de dinero definido en la sección 4, y no pueda cumplirse dicha orden por no poderse localizar ningún instrumento monetario o propiedad, con debida diligencia, o por haber sido alterada sustancialmente, o destruida o disminuido su valor, o de otra manera eliminado su valor por cualquier acto de omisión, directa o indirectamente atribuible al delincuente, o ha sido ocultada, removida, convertida o de otra forma transferida para impedir que la misma sea hallada o para evitar su decomiso, o esté ubicada fuera de las Filipinas o ha sido situada o colocada fuera de la jurisdicción de la corte, o ha sido mezclada con otros instrumentos monetarios o propiedad perteneciente al delincuente mismo o a una tercera persona o entidad, produciendo así la misma dificultad para identificarla o ser segregada para propósitos del decomiso, la corte puede, en lugar de hacer cumplir la orden de decomiso del instrumento monetario o propiedad o parte de ella de interés en ese sentido, en consecuencia, ordenar al delincuente convicto pagar una cantidad igual al valor de dicho instrumento monetario o propiedad. Esta provisión se aplicará tanto para el decomiso civil como para el penal.

Sin alguna provisión para llegar al origen de la propiedad, el criminal tiene incentivo para gastar los productos del crimen rápidamente si esa es la única propiedad que la ley del decomiso puede abarcar, mientras al mismo tiempo, esta reteniendo propiedad



Dinero incautado por la Oficina para el Antilavado de Activos de Tailandia. Foto cortesía del mayor general de la policía Peeraphan Premabhuti.

no manchada con la seguridad de saber que es inalcanzable. Al no imponer un requerimiento de localizar el origen y permitir activos sustitutos, la jurisdicción mejora la posibilidad de recuperación, mientras protege los derechos del delincuente, porque la jurisdicción debe todavía probar el valor de la propiedad obtenida ilícitamente. Además, la recuperación no se frustra por la capacidad del delincuente de mover los activos de tal forma que no puedan ser rastreados hasta los actos específicos que dan motivo para el decomiso.

Con mucha frecuencia, los investigadores y fiscales están incapacitados para identificar específicamente los productos del crimen, los cuales pueden estar entremezclados con fondos legítimos y no pueden rastrearse hasta una cuenta bancaria específica u otro activo. En ausencia de provisiones de activos sustitutos, será difícil establecer los requerimientos para el decomiso, aunque podrían utilizarse otras provisiones para el decomiso de activos NCB para asistir en el cumplimiento de la carga, como el estándar de prueba inferior del balance de probabilidades (donde sea aplicable; *ver* concepto

básico 14), el uso de evidencia circunstancial (concepto básico 16),⁶⁹ y el uso de presunciones (concepto básico 14). Sin embargo, algunas veces aun el decomiso de activos NCB no puede superar la falta de evidencia.⁷⁰

Decomiso de una residencia

Algunas jurisdicciones dificultan más el decomiso de una residencia personal con base en la noción de que las residencias deben gozar de un mayor nivel de protección contra el decomiso o la interferencia del gobierno debido al impacto sobre los familiares potencialmente inocentes y los derechos básicos de propiedad.⁷¹ Sin embargo, el tratamiento especial para las residencias da como resultado que la familia del delincuente disfrute de los beneficios del delito aun si el delincuente ha sido condenado o se ha fugado. La residencia personal es con mucha frecuencia el símbolo más visible de la mala conducta y autorizar el decomiso de una residencia, como de cualquier otra categoría de propiedad, puede constituir una señal poderosa para los delincuentes de que ni ellos ni sus familias podrán gozar de los frutos e instrumentos del crimen y envía también una poderosa señal a la comunidad de que el crimen no paga.

Activos con pretensión de uso en conducta ilegal

Las jurisdicciones deben considerar especificar que los activos que se pretenden utilizar en conducta ilegal están sujetos también al decomiso de activos NCB. Por ejemplo, la policía puede incautar dinero en una operación de golpe en la que el delincuente intenta cambiar el dinero por narcóticos ilegales. Sin embargo, puede no ser posible demostrar que este dinero es producto de otro delito penal y si el Estado puede probar que el propósito del dinero es su intercambio por droga, debería estar sometido al

69 Para un ejemplo de uso de las cortes de evidencia circunstancial para establecer un vínculo entre los activos y el delito de lavado de dinero, ver *Prosecutor General v. W__S__*, diciembre 21 de 2007, Corte de Primera Instancia (Cantón de Ginebra).

70 Para un ejemplo de cómo puede ser problemático el no poder rastrear o vincular los activos al delito para la asistencia judicial extranjera, ver *Garnett Investments Ltd. v. BNP Paribas (Suiza) SA (Gobierno de la República de Indonesia como Tercera Parte)*, Sentencia 2/2009, Corte de Apelaciones (Apelaciones Civiles 389 y 400) enero 9 de 2009 (Guernsey).

71 En el Código Penal de Canadá, sección 490(4), el decomiso penal de propiedad relacionada con el delito puede aplicarse a una residencia, pero antes de que se ordene el decomiso está obligada a considerar el impacto del decomiso en miembros inmediatos de la familia que residen en ella.

decomiso de la misma manera que los productos de una transacción de droga llevada a término están sometidos a él.⁷²

CONCEPTO BÁSICO 7

La definición de activos sujetos al decomiso debe ser lo bastante general para abarcar nuevas formas de valor

La definición de “propiedad” o “activos” puede no proponerse con suficiente amplitud para incautar nuevas formas de riqueza, aun en leyes propuestas hace sólo unos pocos años. Las tarjetas de valor almacenado constituyen un ejemplo de una forma de valor que no existía hace pocos años, pero son comunes hoy. El cuidado en la redacción al definir categorías de propiedad sujeta a decomiso puede impedir la necesidad de buscar enmiendas constantemente a la legislación existente cuando la tecnología desarrolla nuevas formas de riqueza.⁷³ Alternativamente, un plan legislativo que delegue a un ministro del poder ejecutivo la responsabilidad de definir nuevas formas de valor permite cambios expeditos.⁷⁴

La propiedad sujeta al decomiso debe abarcar también los derechos de propiedad intangible, como productos literarios de explotación comercial derivados de la notoriedad del delincuente al haber cometido un delito.⁷⁵

72 En Suiza, el dinero utilizado con el propósito de intercambiarlo por drogas puede considerarse como *instrumenta sceleris*. El artículo 69 del Código Penal de Suiza permite su decomiso, aun utilizando las provisiones del decomiso de activos NCB y sin estatuto de limitación (Corte Suprema de Suiza, ATF 117 IV 233).

73 Como ejemplo de las definiciones de “registros”, “documentos” y “materiales”, éstas incluyen toda la información registrada en cualquier forma, visual o auditiva, por cualquier medio, sea en forma manual (inclusive, pero no limitada a, escritos, dibujos, pinturas), forma fotográfica (inclusive, pero no limitada a, microfilm, microficha, impresiones, diapositivas, negativos, videocintas, películas de cine, fotocopias), forma mecánica (inclusive, pero no limitada a, discos fonográficos, impresiones, escritora tipográfica) o forma eléctrica, electrónica o magnética (inclusive, pero no limitada a, grabaciones de cinta, casetes, discos compactos, dispositivos de almacenaje electrónico o magnético tales como disquetes, discos duros, CD-ROM, discos de video digital (DVD), asistentes personales digitales (PDA), tarjetas multimedia (MMC), memorias USB, discos ópticos, memorias de impresoras, tarjetas inteligentes, calculadoras con memoria, marcadores electrónicos, o cuadernos electrónicos, lo mismo que archivos de datos digitales e impresiones o lecturas de cualquier dispositivo magnético, eléctrico o electrónico). *Ver también* “Una orden de muestra para producir documentos corporativos y otros en una investigación sobre corrupción” en el apéndice V.

74 Título 31 de la Ley del Secreto Bancario de los Estados Unidos.

75 Ley de Productos del Crimen de 2002 de Australia, sección 152.

CONCEPTO BÁSICO 8

Los activos manchados adquiridos con anterioridad a la promulgación de una ley sobre decomiso de activos NCB deben estar sujetos al decomiso.

Un concepto importante es la aplicación retroactiva o retrospectiva⁷⁶ de las leyes sobre decomiso de activos NCB contra adquisiciones ilícitas obtenidas antes de la promulgación de las leyes sobre decomiso. Si las leyes no son ejecutables retroactivamente, se daría a los demandados penales la oportunidad de beneficiarse de actos que eran ilegales en el momento en que los cometieron. Además, permitir la aplicación retroactiva de la ley es particularmente importante para recuperar beneficios fruto de la corrupción contra funcionarios que estén en el poder por períodos duraderos y han contado con la oportunidad durante años para robar fondos del Estado. Resulta profundamente inequitativo que un funcionario corrupto se enriquezca injustamente mediante la adquisición de beneficios a los que nunca tenía derecho en primer lugar.

Inicialmente, la aplicación retroactiva puede parecer entrar en conflicto con la base lógica de la prohibición de pasar leyes *ex post facto*, una regla general en la constitución y leyes básicas de los países, que prohíbe la aplicación de un delito *penal* o castigo a un acto que no constituía delito penal en el momento en que fue cometido, así como la imposición de penas más fuertes de las que habrían sido aplicables en el momento en que se cometió el delito penal.⁷⁷ Esto significa que un delito o castigo penal no puede crearse para un acto que no era criminal o punible antes de la promulgación de la ley.

En el contexto del decomiso de activos NCB, se ha suscitado el asunto y ha sido resuelto por las cortes en jurisdicciones de derecho civil y derecho común (*ver* recuadro 5.4). En los casos en que se han aplicado las leyes sobre decomiso de activos NCB para

76 A fin de explicar los términos “retroactividad” y “retrospectividad”, la Corte Suprema de Canadá, en el caso *Benner v. Canada (Secretary of State)* [1997] 1 S.C.R. 358, adoptó la definición de E.A. Driedger, en “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 Can. Bar Rev. 264, en las pp. 268-69:

Un estatuto retroactivo es el que opera desde un tiempo anterior a su promulgación. Un estatuto retrospectivo es el que opera sólo para el futuro. Es prospectivo, pero impone nuevos resultados con respecto a un evento pasado. Un estatuto retroactivo *opera hacia atrás*. Un estatuto retrospectivo *opera hacia delante*, pero observa hacia atrás en el sentido de que adjunta nuevas consecuencias *para el futuro* a un evento que tuvo lugar antes de la promulgación del estatuto. Un estatuto retroactivo cambia la ley con respecto a lo que era; un estatuto retrospectivo cambia la ley con respecto a lo que sería de otra forma con respecto a un evento anterior. [Cursivas en el original].

77 *Ver*, por ejemplo, ECHR, artículo 7; Constitución de los Estados Unidos, artículo 1, sección 9; el Estatuto Africano sobre Derechos Humanos, artículo 7(2); la Convención Americana de la OEA sobre Derechos Humanos, artículo 9; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11(b).

Recuadro 5.4 *Aplicación retrospectiva de las leyes sobre decomiso de activos NCB en jurisdicciones de derecho civil y común*

Tailandia

En los casos consolidados de *Charles Mescal and Mrs. Tayoy*,^a la Corte Constitucional de Tailandia analizó si la aplicación retroactiva de la Ley para el antilavado de activos de 1999 (AMLA) de Tailandia a productos adquiridos con anterioridad a la promulgación de la AMLA, violaba la sección 32 de la Constitución, que protege a las personas contra la aplicación retroactiva del derecho penal y el castigo penal.

En *Mescal*, el acusado era convicto por tráfico de drogas y se encontraba preso en Italia antes de la promulgación de la AMLA y posteriormente transfirió dinero a Tailandia en varias ocasiones entre 1998 y 1999. En *Tayoy*, la Corte Penal había absuelto a Tayoy en 2000, pero los activos incautados en conexión con el caso habían sido entregados a la Oficina para el Antilavado de Activos para su decomiso.^b

La Corte Constitucional declaró que no hubo violación o conflicto con la Constitución porque la acción de decomiso de activos NCB bajo la AMLA no equivale a proceso penal o penalidad, como lo requiere la sección 32.

Liechtenstein

En *Dassa Foundation v. Liechtenstein*,^c una apelación de una decisión de la Corte Suprema de Liechtenstein, la Corte Europea de Derechos Humanos analizó si la legislación sobre decomiso de activos NCB podía aplicarse retroactivamente a delitos criminales pasados sin violar la sección 61 del Código Penal de Liechtenstein y el artículo 7 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (ECHR). Los productos en disputa se habían generado en conexión con el soborno de un juez en Italia durante los años noventa, antes de la introducción de las provisiones sobre decomiso.

La Corte declaró que el decomiso de activos NCB era “comparable a una restitución de derecho civil de enriquecimiento injustificado” y por tanto, cualquier ejecución retroactiva de las leyes sobre decomiso “no equivalía a una ‘penalidad’ dentro del significado de...la Convención”. La Corte señaló además que las leyes sobre decomiso de activos NCB de Liechtenstein “tenían el propósito de garantizar que el crimen no paga”. Si las leyes no se ejecutaran retroactivamente, los acusados penales tendrían la oportunidad de beneficiarse de actos que eran ilegales en el momento en que fueron cometidos. Por estas razones, la Corte declaró que la aplicación retroactiva la ley de decomiso del objetivo de Liechtenstein (esto es, NCB) no violaba la ECHR.

Estados Unidos

En el caso *U.S. Certain Funds Located at the Hong Kong and Shanghai Banking Corp.*,^d que incluía acción del gobierno de EUA para decomisar fondos en Hong Kong, China, en un proceso NCB en un tiempo en que su autoridad extraterritorial no se había declarado expresamente, la corte declaró que tales leyes de decomiso no son penales y que “no puede haber ‘duda sustancial’, o aun el ‘espectro’ de un asunto inconstitucional, persiguiendo la aplicación retroactiva de [un estatuto de decomiso de activos NCB]”.^e

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación recuadro 5.4)

En *U.S. v. Tour Tracts of Property on the Waters of Leiper's Creek*,^f la corte declaró que la aplicación retroactiva de las leyes de decomiso de activos NCB era constitucional y que tales leyes no son de naturaleza penal porque no “agregan nuevas consecuencias a la conducta pasada debido a que [la conducta] siempre ha acarreado sanciones penales y los acusados nunca han tenido derecho concedido a la propiedad obtenida ilegalmente”.^g

- a. *Charles Mescal and Mrs. Tayoy*, casos nos. 40-41/2546 (octubre 16, 2003).
- b. En la sección 58 de la Ley para el Antilavado de Activos de Tailandia se permite a la Oficina para el Antilavado de Activos proceder contra activos sujetos a procesos múltiples donde sea oportuno hacerlo.
- c. *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, ECHR, Aplicación No. 696/05 (Julio 10, 2007).
- d. *United States v. Certain Funds Located at the Hong Kong and Shanghai Banking Corp.*, 96 F.3d 20, 25-27 (2nd Cir. 1996) (“Certain Funds”).
- e. *Certain Funds*, en 27.
- f. *United States v. Tour Tracts of Property on the Waters of Leiper's Creek*, 181 F.3d 104, 1999 WL 357773 en *3-4 (6th Cir. 1999) (opinión no publicada) (“Four Tracts”).
- g. *Four Tracts*, en *3.

decomisar productos ilícitos generados y adquiridos antes de la promulgación de la ley, las cortes han sostenido que las prohibiciones *ex post facto* no se aplican porque el decomiso no es ilícito o penal en su naturaleza, sino más bien una consecuencia de derecho civil del hecho de que el perpetrador u otros beneficiarios obtuvieron los activos mediante un acto ilegal. No equivale tampoco la incautación o decomiso a una “penalidad” que violase la prohibición. Puesto que una acción de decomiso de activos NCB no depende de una condena penal y puesto que la conducta pasada fue criminal en el momento en que fue cometida y el demandado nunca tuvo un derecho concedido a la propiedad, la legislación NCB puede aplicarse retroactivamente sin violar la ley básica.

Con el fin de que no quepa duda sobre este punto, la legislación debería incluir una provisión que autorice específicamente el decomiso de productos generados antes de la promulgación de la ley NCB, siempre que el acto que generó los productos haya sido criminal en el momento de cometerse.⁷⁸ Sin dicha provisión, se podría dejar

78 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 340(4): “Es inmaterial: a) quien haya realizado la conducta; b) quien se beneficie de ella; c) *si la conducta tuvo lugar antes o después de la promulgación de esta ley*”. [Cursivas agregadas]. Esto se aplica al decomiso de activos NCB en dinero y a la condena penal de delitos de lavado de dinero. Ver también la definición de “productos de actividad ilegal” en la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 1; Ley de Remedios Civiles de 2001 de Ontario, Canadá, sección 2; la Segunda Enmienda de la Ley de Prevención del Crimen Organizado de 1999 de Sudáfrica, sección 1 y la Ley sobre Productos del Crimen (Enmienda) de Irlanda, sección 3.

que el sistema judicial decida y podría crearse una vía de escape que pueda legitimar efectivamente activos criminales.⁷⁹ Tales decomisos podrían estar restringidos por estatutos aplicables de limitaciones, de existir (*ver* concepto básico 17).

No obstante el hecho de que la aplicación retroactiva o retrospectiva de las leyes de decomiso de activos NCB hayan soportado el escrutinio judicial en varias jurisdicciones y deberían considerarse como elemento esencial al proponer una ley de decomiso de activos NCB, no deben ignorarse otros principios y pueden invocarse para derrotar cuestionamientos. Por ejemplo, donde la conducta continúa después de la promulgación de la ley sobre decomiso, puede resolverse el asunto de la retrospectividad si el delito constituye una violación persistente. Asimismo, en muchas jurisdicciones, la posesión de productos del crimen es suficiente para establecer un delito de lavado de dinero, lo que activa el decomiso.⁸⁰ Como resultado, es irrelevante si los activos fueron adquiridos antes de la promulgación del estatuto de decomiso y es suficiente la mera posesión de los activos ilícitos.

CONCEPTO BÁSICO 9

El gobierno debe tener discreción para fijar umbrales apropiados y lineamientos de política para el decomiso.

No es efectivo en costos ni disuasivo buscar el decomiso de activos limitados o cuyo valor se deprecia o que son difíciles de mantener. Una casa utilizada para almacenar drogas puede verse obstaculizada por una hipoteca y representar poco capital. Puede ser difícil y costoso mantener y vender animales vivos comprados con dineros ilícitos. En muchas jurisdicciones, los artículos de falsificación de vestuario están sujetos al decomiso, pero no pueden venderse y así implican altos costos de almacenaje. Tales decomisos pueden constituir un drenaje de recursos para la jurisdicción. De la misma forma, un automóvil –o avioneta o lancha– puede estar sujeto a decomiso como instrumento, pero dependiendo de su antigüedad y condición, el costo de incautarlo, almacenarlo y decomisarlo puede superar su valor. Otros artículos pueden haber sido

79 En *National Director of Public Prosecutions of South Africa v. Carolus and Others*, 2000 (1) SA 1127 (SCA), la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica declaró que la Ley de Prevención del Crimen Organizado de 1998 no podía aplicarse con retroactividad a los decomisos de activos NCB porque la legislación no declaraba “ya sea antes o después del inicio de esta Ley” en las secciones pertinentes. Como resultado de la decisión, el parlamento enmendó las definiciones de productos e instrumentos para incluir esta redacción (Ley No. 38 de 1999, sección 1).

80 Uncac, artículo 23 (1)(b)(i); Untoc, artículo 6(1)(b)(i); Convención de Viena, artículo 3(1)(c).

destruidos durante el proceso de incautación y carecer de valor. La incautación de tales activos tiene poco efecto disuasivo y consume recursos que podrían utilizarse para decomisar activos más sustanciales. Un sistema de decomiso puede sobrecargarse rápidamente hasta el punto de resultar inoperante si se hace responsable a los funcionarios de decomisar, mantener y disponer de activos de valor insignificante.

Para atender este problema, la legislación debe hacer que el decomiso sea obligatorio, pero sólo deberían incautarse activos de un valor más que mínimo (*de minimus*). Esta decisión requiere una medida de discreción, un concepto que varía según las jurisdicciones y tiene que considerarse en el contexto de la legislación local. En algunas jurisdicciones, principalmente las de derecho común, el fiscal tiene amplia discreción, desde determinar si existe evidencia suficiente para proceder con un caso hasta negociar resoluciones. Otras jurisdicciones, principalmente las de derecho civil, no permiten la discreción o la limitan.⁸¹ Al mismo tiempo, estas diferencias no son determinativas: aun las jurisdicciones que no permiten discreción han introducido reglas para limitar la incautación de activos de valor económico (*ver* recuadro 5.5).

Una clara orientación de política para quienes toman las decisiones debería acompañar a esta autoridad para asegurar que las decisiones sobre incautación sean informadas, éticas y transparentes.⁸² Aun si el activo tiene un valor negativo o marginal, debe darse todavía consideración a las circunstancias en las que existe un interés público dominante que debe atenderse siguiendo adelante con el decomiso. Por ejemplo, el interés de la política pública en desestabilizar la actividad ilegal, probablemente milite a favor del decomiso de casas de drogas y vehículos utilizados para transportar extranjeros ilegales. Así, una casa abandonada utilizada para distribuir drogas puede no tener valor, pero si el decomiso puede llevar a la demolición de la estructura y a la venta de la tierra, puede ser apropiado decomisar la propiedad aun si el gobierno incurre en pérdida financiera en el proceso de decomiso.

Establecer umbrales mínimos de valor constituye un mecanismo apropiado para que el decomiso sea efectivo en costos y para impedir que el sistema se estropee como resultado del requisito de buscar el decomiso en cada instancia que lo permita el estatuto. Los umbrales no deben codificarse como estatuto porque debería haber flexibilidad para ajustarlos cuando sirven el interés de la ejecución de la ley para hacerlo

81 Por ejemplo, en Francia, el fiscal puede determinar si presentar cargos, pero no puede retirarlos sin aprobación de la corte (Código de Procedimiento Penal, artículo 40).

82 Como nota práctica, con la administración del desempeño de un equipo de decomiso de activos, debe tenerse cuidado al fijar indicadores de desempeño para asegurar la integridad demostrable de las decisiones sobre incautación de activos con valor que se deprecia. Las políticas podrían disponer mecanismos para asegurar la transparencia y la integridad, como requerir un registro por escrito de la decisión de no incautar y asegurar que la discreción no se deja a una sola agencia de ejecución de la ley.

Recuadro 5.5 *Discreción en las incautaciones*

En México, si el valor es de menos de US\$70 el gobierno puede destruir el artículo, o pueden entregarse los fondos del producto a programas sociales.

Colombia, un país sin discreción para el fiscal, encontró que su sistema estaba sobrecargado por artículos sin valor (por ejemplo, ceniceros) y, como resultado, estableció lineamientos de política de planeación previa a la incautación para analizar el costo y beneficio de la misma.

así, o cuando cambie el clima económico de la jurisdicción. En consecuencia, es mejor permitir que la rama ejecutiva (u otra autoridad competente) fije los umbrales por medio de instancias de políticas, reglas o regulaciones claras. Deben implementarse lineamientos de planeación previa a la incautación para asistir en el análisis beneficio-costado de una posible incautación como también para prevenir problemas relativos a la incautación o manejo de ciertos tipos de activos.⁸³



Granja de cocodrilos incautada y subastada por la Oficina para el antilavado de activos de Tailandia. En la foto, el Mayor General de la policía Peeraphan Prema-bhuti. Foto cortesía suya.

83 Los Estados Unidos y Colombia tienen lineamientos de política de planeación previos a la incautación. *Ver también* el apéndice V para una guía de muestra de planeación previa a la incautación, de Estados Unidos.

6

Medidas para la investigación y la preservación de activos

CONCEPTO BÁSICO 10

Deberían designarse medidas específicas que el gobierno pueda emplear para investigar y preservar activos pendientes de decomiso.

Los métodos investigativos y de preservación efectivos y eficientes, apoyados por recursos humanos, financieros y materiales, son de importancia crucial para asegurar los activos y acumular evidencia para los procesos de decomiso. Los métodos de preservación incluyen medidas provisionales para congelar, incautar y monitorear activos (*ver* recuadro 6.1 para las órdenes únicas mundiales de congelación disponibles en el Reino Unido). Las órdenes de producción, órdenes de monitoreo de cuentas bancarias y órdenes de búsqueda e incautación constituyen herramientas investigativas utilizadas comúnmente. Las jurisdicciones deberían considerar qué medidas pueden ser impuestas administrativamente o por un fiscal y qué medidas deberían requerir una orden de la corte. En algunas jurisdicciones, un funcionario administrativo, usualmente asociado con la unidad de inteligencia financiera (UIF), puede expedir una breve orden de preservación a la institución financiera. Esta es una herramienta eficiente, de corto plazo, que da tiempo a la policía, el fiscal o el funcionario oficial superior, para buscar una orden extendida de una corte.⁸⁴ Algunas veces estas órdenes administrativas de congelación se limitan a casos que implican delitos subyacentes especificados como corrupción política o terrorismo; sin embargo, una categoría general de delitos es el enfoque preferido.

84 En la Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, la sección 48, faculta al Comité de Transacciones para restringir o incautar por un período que no exceda 90 días “si hay causa probable para creer que pueda haber una transferencia, distribución, colocación, acodamiento u ocultamiento de cualquier activo relacionado con el delito predicado”. En caso de emergencia, el secretario general puede expedir la orden. Pueden aplicarse las regulaciones pertinentes relacionadas a tomar en procedimiento de custodia, preservación, mantenimiento o subasta, etc.

Recuadro 6.1 Órdenes mundiales de congelación en el Reino Unido

En el Reino Unido, la corte puede expedir una orden mundial de congelación sobre los activos extranjeros de un delincuente en el exterior si la orden es necesaria para impedir que el delincuente frustre órdenes posteriores de la corte.⁸⁵ La orden no se expedirá si existen activos suficientes dentro del Reino Unido para satisfacer un juicio. Las sanciones por el no cumplimiento son limitadas, pero son posibles (por ejemplo, exceptuando el derecho de un delincuente de defenderse en el evento de desobediencia de la orden). Para mayor información, ver “Recuperación de Productos de la Corrupción en el Reino Unido: Asistencia de Ejecución de la Ley y Herramientas para el Litigante Privado”, en la Parte C.

- a. *Derby v. Weldon* (No. 2) (1989) 1, All ER 1002 (Corte de Apelaciones) y *Babanaft Intl Co SA v. Bassatne* [1990], Ch 13 (Corte de Apelaciones).

La forma más común de preservación de activos es una orden de restricción o una orden de preservación dirigida a la persona o entidad con custodia de la propiedad. Una orden de restricción dirigida a un banco usualmente congela la cuenta hasta la conclusión de los procesos de decomiso, aunque algunas jurisdicciones limitan la duración de la orden.⁸⁵ Tales órdenes deberían proponerse para impedir el retiro de cualquier fondo de la cuenta y al mismo tiempo instruir al banco para que acepte depósitos a fin de maximizar la incautación de depósitos con la orden de preservación.

Si existe preocupación o riesgo de que una orden de preservación, congelación o restricción pueda ser ignorada, y si existe propiedad tangible en poder del delincuente o de su familia, como dinero, joyas, vehículos y otra propiedad trasladable, la legislación sobre decomiso de activos NCB debería permitir la incautación de dicha propiedad trasladable antes, o al inicio de, la acción de decomiso para preservar la disponibilidad de la propiedad. Una orden de preservación o restricción dirigida a una entidad financiera es generalmente efectiva porque un incumplimiento de la orden

⁸⁵ En Liechtenstein, la corte debe limitar la duración para la que se emite la orden, pero la fecha límite puede extenderse a la aplicación (Código de Procedimiento Penal, sección 97a(4)). En Albania, la corte limita la duración de la orden por un período de seis meses, pero se extiende a petición del fiscal (Ley 9284 de 2004). Otras jurisdicciones prevén que las órdenes de preservación expiren después de cierto período, a menos que se inicie una aplicación de la orden de decomiso (por ejemplo, la Ley de Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 40; la Ley de Productos del Crimen de 1996 de Irlanda, sección 2; la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 7. Las jurisdicciones que imponen un período de tiempo deben asegurar tiempo suficiente para una investigación apropiada; si el período es demasiado corto, la orden puede expirar antes de completarse la investigación y probablemente el demandado dispersará los activos.

de preservación puede hacerse cumplir contra otros activos de la entidad. En casos de propiedad tangible mantenida por otras personas, es la incautación actual del gobierno la que asegura la disponibilidad de la propiedad para el decomiso.

Algunas jurisdicciones tienen reglas especiales para residencias personales sujetas a decomiso que sólo permiten la incautación física antes de la conclusión del caso de decomiso si existen circunstancias exigentes. Si la jurisdicción sigue ese modelo, las leyes deben condicionar también la ocupación de la propiedad real pendiente de la conclusión de un proceso de decomiso. Las condiciones deberían aspirar a impedir el uso ilegal de la propiedad, manteniéndola en la misma condición en la que se encontraba al inicio de la acción de decomiso y pagar cualquier costo (por ejemplo, hipoteca e impuestos a la propiedad) para asegurar que la propiedad no disminuya de valor como resultado de la incautación.

Otras jurisdicciones prevén específicamente en su legislación sobre decomiso el nombramiento de receptores o curadores para administrar la propiedad antes de la conclusión de los procesos de decomiso.⁸⁶ Los receptores son particularmente apropiados cuando la propiedad sujeta a decomiso es un negocio en curso o alguna forma especializada de propiedad que, si no está manejada por un profesional competente, pierde valor. El costo de los receptores debería considerarse durante las etapas de planeación previas al decomiso para asegurar que existen recursos suficientes para que el gobierno mantenga los activos pendientes de decomiso final.

La legislación sobre decomiso de activos NCB debe incluir prohibiciones sobre suministro de información o alertas y prever que las órdenes de producción o emplazamientos a entidades financieras no se revelen al poseedor de la cuenta, no obstante otras leyes bancarias. Algunas jurisdicciones prevén sanciones penales contra los bancos que omiten preservar la confidencialidad de las órdenes de producción o por suministrar información o alertas.⁸⁷ En la práctica, una orden de producción debería incluir una referencia a cualquier provisión de confidencialidad de modo que se re-

86 Ley de prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 42; Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, secciones 246-247; Reglas de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil de Filipinas, sección 21; Ley 785 de 2002 de Colombia. *Ver también* Título 18, Código de Estados Unidos, sección 983(j)(1): “A petición de los Estados Unidos, la corte puede expedir una orden de restricción o requerimiento, requerir la ejecución de bonos de desempeño satisfactorio, crear sindicaturas, nombrar guardianes, custodios, tasadores, contadores, o consignatarios, o ejecutar cualquier otra acción para incautar, mantener, o preservar la disponibilidad de la propiedad sujeta a decomiso...”.

87 Por ejemplo, en los Estados Unidos, las entidades financieras y sus empleados que revelen la existencia de ciertas categorías de emplazamiento están sujetos a sanción civil (Título 12, Código de los Estados Unidos, sección 3420(i)(2)) (permite a la agencia reguladora de los bancos imponer penas civiles de hasta US\$25.000 por cada día que ocurra una violación) y condena penal (Título 18, Código de los Estados Unidos, sección 1510(b)) (hasta cinco

cuerde a los empleados bancarios su obligación de no revelar información. Cualquier violación de una orden de censura, restricción o investigativa debe tratarse como un desacato a la corte y hacer responsable personalmente al individuo.⁸⁸ Esta acción sería adicional a la consideración de si se ha cometido obstrucción a la justicia o delito de lavado de dinero.

Con el fin de asistir a los investigadores y fiscales, algunas jurisdicciones han introducido listas de revisión investigativas y formas estándares de la corte para aplicaciones y órdenes investigativas y de preservación. En los apéndices IV a VI se encuentra una selección de estas listas.

CONCEPTO BÁSICO 11

Las medidas de preservación e investigativas tomadas sin notificar al tenedor del activo deben ser autorizadas cuando la notificación pueda perjudicar la capacidad de la jurisdicción de procesar el caso de decomiso.

La capacidad de obtener evidencia sin notificación al tenedor del activo, o *ex parte*, es fundamental para un sistema efectivo de decomiso de activos NCB.⁸⁹ Muchas

años de prisión como condena de empleado de entidad financiera que notifique al cliente o a cualquier otra persona la existencia de un emplazamiento para registros financieros). En Suiza, la revelación por parte de la entidad financiera o cualquier otra tercera parte (por ejemplo, el administrador de activos, o el fiduciario) que reciba una orden de incautación o producción emitida por un fiscal, magistrado investigador, o corte constituye un delito punible con multa (Código Penal, artículo 292). La orden se aplica por tiempo limitado de acuerdo con la complejidad del proceso (Corte Suprema de Suiza, 1S.11/2005). Para otros ejemplos de provisiones sobre suministro de información o alertas, *ver* la Ley sobre Productos del Crimen de 1999 de Jersey, sección 35. *Ver también* la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 9, que prevé sanciones para órganos corporativos e individuos.

88 El Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procedimiento Civil de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, secciones 26, 31, 37, 43; Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, secciones 342, 359, 366; Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 9. *Ver también*, Título 18, Código de los Estados Unidos, sección 2232(a), que prevé que “quienquiera que antes, durante o después de cualquier búsqueda o incautación de propiedad por cualquier persona autorizada para efectuar tal búsqueda o incautación, a sabiendas destruya, dañe, malgaste, disponga, transfiera o ejerza cualquier otra acción, o a sabiendas intente destruir, dañar, malgastar, disponer, transferir o ejercer cualquier acción, para el propósito de impedir o estropear la autoridad legal del gobierno para tomar dicha propiedad bajo su custodia o control o continuar manteniendo dicha propiedad bajo su custodia y control legal, *será multado bajo este título o puesto preso no más de cinco años, o ambas cosas*” [cursivas agregadas].

89 En muchas jurisdicciones, los procesos sin notificación al propietario del activo se conocen como procesos *ex parte*, o procesos legales presentados por una persona en ausencia de, y

jurisdicciones permiten que un agente de policía⁹⁰ se presente ante un funcionario judicial *ex parte* para buscar una orden de incautación o preservación con base en la noción de que la notificación por anticipado alertaría al delincuente y lo habilitaría para ejercer acción que perjudique el caso de decomiso, como ocultar o transferir los activos.⁹¹ Cuando se autoriza una orden de preservación *ex parte*, la ley puede requerir que el gobierno muestre algún perjuicio potencial antes de que la corte ordene la restricción o incautación previa al juicio. Usualmente, este requerimiento puede satisfacerse mostrando que es probable que el gobierno se imponga y que la dispersión de los activos es posible si se hace la notificación. En algunas jurisdicciones, una orden *ex parte* es efectiva por un tiempo limitado durante el cual el gobierno tiene que dar notificación y una oportunidad para una audiencia adversaria.⁹²

La capacidad de obtener una orden *ex parte* para evidencia financiera o de otra clase o para congelar una cuenta debería expresarse con claridad en la legislación sobre decomiso.⁹³ La ausencia de tal provisión hace que se provea una posible escapatoria

sin representación o notificación de, otras partes. Para una muestra de una moción *ex parte* para una orden de restricción, ver *United States of America v. Abbas Chouman*, Orden de Restricción, *In re Restraint of All Assets Held in the Name of Alain Gagnon*, e *In re Restraint of All Assets Held in the Name of Mario Marino Faro*.

90 Los países deberían analizar si es necesario que el agente de policía consulte con un fiscal y obtenga su consentimiento antes de proceder a buscar una orden de la corte.

91 En *NDPP v. Mohamed No and Ors* [2003] ZACC 4, La Corte Constitucional de Sudáfrica analizó si las provisiones de preservación estatutarias *ex parte* eran inconstitucionales por negar una audiencia pública justa en la corte. La Corte dio su respaldo al estatuto, que declara en el párrafo 52 que mientras el estatuto puede ser una privación temporal de los derechos de audiencia justa según la sección 34 de la Constitución, dicha limitación estaba justificada por la sección 36 de la Constitución porque “habilita que la ley funcione para el propósito legítimo y más importante para el que fue designada...y reducir la dispersión de los productos e instrumentos del crimen organizado”.

92 En las Filipinas, la preservación de activos mediante una orden de censura es válida por seis meses según las Reglas de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil, sección 53:

- a) Efectividad; audiencia post-emisión. La orden de censura será efectiva inmediatamente por un período de veinte días. Dentro de este período, la corte conducirá una audiencia sumaria, con notificación a las partes, para determinar si modificar o no, o levantar la orden de censura, o extender su efectividad como se prevé más adelante.
- b) Extensión. A moción del peticionario presentada antes de la expiración de veinte días a partir de la expedición de una orden de censura, la corte puede por buena causa extender su efectividad por un período sin exceder seis meses.

93 Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 3(2).

y una apertura para la dispersión de los activos.⁹⁴ Además, los funcionarios oficiales deben tener capacidad de obtener evidencia documental como registros bancarios sin notificación al tenedor de la cuenta porque éste puede transferir rápidamente y ocultar los activos al saber que una investigación está en camino.⁹⁵

CONCEPTO BÁSICO 12

Debe existir un mecanismo para modificar las órdenes para preservación, monitoreo y producción de evidencia, y obtener un soporte de cualquier fallo adverso al gobierno pendiente de reconsideración o apelación de cualquier orden que pueda poner una propiedad confiscable más allá del alcance de la corte.

Todos los casos se inician con una investigación, seguida de una decisión sobre si proceder o no penalmente, con el decomiso de activos NCB, o ambas cosas. Por tanto, para que sea efectivo, un sistema de decomiso de activos NCB debe ser ágil. Las órdenes investigativas y de preservación en las primeras etapas de una investigación pueden descubrir la punta del *iceberg*, una pequeña porción de los productos totales en un complicado fraude criminal y plan de lavado de dinero. Las agencias investigadoras requieren suficiente flexibilidad para responder a nueva información y asegurar que no se dispersen los activos. El fallo de una provisión que permita la ejecución de la ley para buscar inmediatamente la modificación de las órdenes para la preservación de los activos, el monitoreo de las cuentas, y la producción de información, da flexibilidad al cambiar las condiciones. Asimismo, las cortes deben estar preparadas para oír y decretar sobre tales peticiones con prontitud. Un sistema que no sea sensible a las necesidades razonables de ejecución de la ley no puede ser eficaz para preservar los productos del crimen; el retraso es aliado del delincuente.

Debería existir también una provisión que permita peticiones de soporte pendiente de apelación porque una orden de la corte que decline preservar la propiedad puede terminar efectivamente con cualquier posibilidad de llevar a término una acción de decomiso de activos NCB. La liberación de la propiedad de la restricción –aun por algunos minutos– puede ser suficiente para que el delincuente transfiera los activos fuera del país y los aísle efectivamente del decomiso.

94 En las Filipinas, la Corte Suprema declaró que la Ley para el Antilavado de Activos no intenta permitir la “indagación bancaria” *ex parte*, citando la falla de la ley de simplemente declarar las palabras *ex parte* en la provisión pertinente. Sin embargo, la decisión no ha logrado finalidad: *Republic v. Eugenio, et al.*, G.R. No. 174629, 14 de febrero de 2008.

95 Ver Legislación del Modelo de la Mancomunidad; la sección 30 autoriza a funcionarios policiales instruir a las entidades financieras a prever cierta información o documentos; la sección 31 prevé un delito por el incumplimiento con la sección 30.

7

Conceptos procedimentales y evidenciales

CONCEPTO BÁSICO 13

Deben especificarse los requerimientos procedimentales y de contenido para la petición del gobierno y la respuesta del acusado.

Es importante que la ley sea específica en todos los aspectos de un sistema de decomiso porque crea uniformidad y asegura que la legislatura y no el sistema judicial, sea quien dicte las reglas que gobiernan el proceso de decomiso. Algunas jurisdicciones requieren un nivel más alto de especificidad al presentar los alegatos en una queja de decomiso de activos NCB con base en el concepto de que los demandados cuya propiedad está sujeta al decomiso deberían tener hechos suficientes de la queja sólo para preparar una defensa. Otras jurisdicciones no tienen reglas especiales con respecto a la especificidad y dependen del proceso de descubrimiento, por el cual las partes intercambian evidencia antes del juicio para permitir a los litigantes preparar su caso. Usualmente, la queja o petición de decomiso presentada por el gobierno debería alegar los hechos que dan motivo para el decomiso, la base estatutaria para el decomiso y la teoría legal de éste.

La ley debería explicar también cómo una persona con interés en la propiedad puede alegar un derecho a la propiedad y disputar u objetar la acción de decomiso y debería especificar el tiempo dentro del que debe presentarse una petición de derecho. Los períodos de tiempo usualmente van ligados al momento en que la parte recibió notificación directa de la acción de decomiso, o si no se recibió notificación directa, algún período después de la notificación pública. Si se notifica apropiadamente, la falla en presentar una respuesta o reclamo oportuno debería producir la extinción del interés del propietario en la propiedad. Puesto que las acciones de decomiso de activos NCB no son contra un individuo sino contra la propiedad, la mayoría de los sistemas requieren –como primer paso– que un individuo que cuestione el decomiso presente en la corte una respuesta o reclamo a la propiedad describiendo un interés legal en ella. Generalmente se requiere que las respuestas o reclamos se presenten bajo juramento so pena de perjurio. El proceso de reclamo es importante porque asegura que sólo a quienes tienen interés legal en la propiedad les está permitido disputar el decomiso.

Deberían existir también procedimientos para el intercambio de evidencia antes de la audiencia de decomiso. Ver el recuadro 7.1 para la práctica de divulgación en el Reino Unido.

Recuadro 7.1 *Asegurar las obligaciones de divulgación*

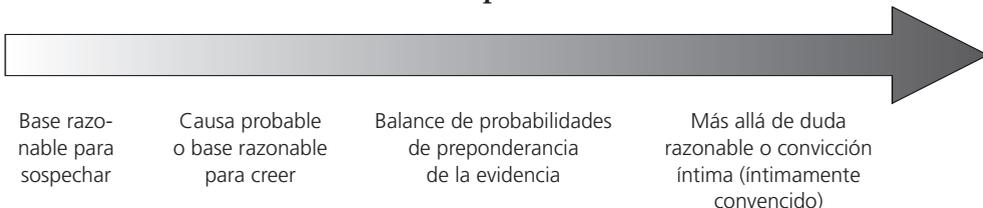
En el Reino Unido, las obligaciones de divulgación de los procesos penales no se aplican porque los decomisos de activos NCB no constituyen procesos penales. Las audiencias de decomiso de dinero se escuchan en la Corte de los Magistrados, donde no se aplican las reglas civiles que rigen la divulgación. El deber de divulgar en casos de decomiso debe por tanto regirse por el derecho a un juicio justo entronizado en la legislación de los derechos humanos. Bajo este requisito, las obligaciones de divulgación pueden tener descargo asegurando que cualquier material o información en la posesión de ejecución de la ley se revele al demandado.

CONCEPTO BÁSICO 14

Conceptos fundamentales como el estándar (la carga) de la prueba y el uso de presunciones refutables deben ser delineados por estatuto.

Los sistemas legales varían en el grado de prueba que requiere el fiscal para sostener una acción de decomiso. El rango de opciones va desde la base de causa probable o razonable para creer, un concepto a menudo definido como ligeramente más que mera sospecha, hasta el mismo estándar requerido para una condena penal: la prueba más allá de la duda razonable o prueba que convenza íntimamente a un juez (convicción íntima). Entre estos dos extremos se encuentra la preponderancia de la evidencia o estándar de un balance de probabilidades, que usualmente es igual a que es más probable que sea cierto que no cierto, o una probabilidad mayor que el 50% de que la proposición sea cierta. Este estándar es más común en los casos civiles (no penales), particularmente en jurisdicciones de derecho común. Cualquiera que sea el estándar de prueba que se estime apropiado, es esencial la especificidad del estatuto que define el estándar de prueba.

Una ilustración de los estándares de prueba



Algunas jurisdicciones permiten la restricción inicial y la incautación de activos y las órdenes investigativas sobre un estándar de causa probable o base razonable para creer, el mismo estándar de evidencia que permite la emisión de órdenes de búsqueda y arresto.⁹⁶ Es importante que el estándar proporcione a la agencia suficiente agilidad para obtener la orden, y al mismo tiempo sea suficiente para evitar incautaciones no autorizadas.

Para el decomiso actual de tales activos, se requiere generalmente un estándar superior, a menudo el del balance de probabilidades.⁹⁷ Con algunas excepciones,⁹⁸ la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil exigen el nivel superior de la prueba de más allá de la duda razonable o la convicción íntima para el decomiso. Aplicar el balance de probabilidades tiene la ventaja obvia de suavizar la carga de la prueba para el gobierno y es también el estándar apropiado para aplicar en situaciones en las que los procesos de decomiso se designan como civiles y no penales, porque se trata del mismo estándar que se aplica a los demás casos civiles. En *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency*,⁹⁹ el demandado argumentó que los procesos eran penales y no civiles y por tanto requerían el estándar penal de prueba. Este argumento fue rechazado por la corte, que hizo distinción entre procesos civiles de recuperación y procesos penales:

La esencia del artículo 6 [de la ECHR] en su dimensión penal es la acusación de una persona de delito penal para el propósito de asegurar una condena con vistas a exponer a esa persona a la sanción penal. Estos procesos son obvia y significativamente distintos de ese tipo de aplicación. No se dirigen hacia él en el sentido de que buscan infligir castigo más

96 Para ejemplos específicos, ver la Ley de Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 38; La Ley de Remedios Civiles de Ontario, Canadá, secciones 4(2) y 9(2). Otros países aplican el estándar aun inferior de “base razonable para sospechar”. Ver la Ley de Productos del Crimen de 2002 de Australia, secciones 18-20; el Código de Procedimiento Penal de Liechtenstein, sección 97a(1); el Código de Procedimiento Penal de Suiza (que se promulgará en el año 2011), artículo 263; y Corte Suprema de Suiza 1b. 157/2007 y 1b. 17/2008. En la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 3(3), ambos estándares (base razonable para creer y base razonable para sospechar) se proponen como opciones para consideración de los estados.

97 Para ejemplos específicos del estándar del balance de probabilidades, ver An Act Respecting the Forfeiture, Administration and Appropriation of Proceeds and Instruments of Unlawful Activity (Quebec, Canadá), sección 4; Ley de Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, secciones 50, 52, 54; Ley sobre Productos del Crimen de 2002 de Australia, sección 317; Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 241(3).

98 En Quebec, Canadá, una jurisdicción de derecho civil, se aplica el estándar del balance de probabilidades a casos civiles y también a la legislación propuesta de decomiso de activos NCB.

99 NICA 6.

allá de la recuperación de activos que no pertenecen legalmente a él y, como tales, aunque obviamente causan un impacto en el demandante, estos son predominantemente procesos *in rem*. Se han diseñado para recuperar los productos del crimen y no para establecer, en el contexto de los procesos penales, culpabilidad de delitos específicos. El efecto acumulativo de la aplicación de las pruebas en *Engel v. Netherlands* [(1976), 1 EHRR 647 (ECHR)] es identificar a éstos claramente como procesos civiles.¹⁰⁰

Las cortes en otras jurisdicciones han tratado este asunto y han llegado a la misma conclusión con razonamientos similares.¹⁰¹

Estos distintos estándares de prueba pueden representar un obstáculo para el reconocimiento extranjero de un juicio NCB donde dicho juicio se considera como remedial y se obtiene con el estándar del balance de probabilidades. Al mismo tiempo, ha habido algunos éxitos en la resolución de estos obstáculos.¹⁰² Cualquiera que sea el estándar de prueba que se considere apropiado, sea para órdenes investigativas, restricción o decomiso, es esencial la especificidad en el estatuto que define el estándar de prueba.

Presunciones refutables

Las jurisdicciones deben considerar también el uso de presunciones refutables para contribuir a satisfacer la carga de prueba. Una presunción es una inferencia de la verdad de una proposición o hecho derivado de un proceso de razonamiento probable en ausencia de certeza actual. Si se presenta una presunción, la parte contra la cual existe la presunción tiene la carga de superar la presunción con el estándar de prueba aplicable, sea una preponderancia de evidencia o el balance de probabilidades. A falta de esto, la presunción *prima facie* se convierte en un hecho incontrovertido. Por ejemplo, un estatuto puede crear una presunción refutable de que una riqueza no explicada acumulada durante un período de servicio como funcionario público era atribuible a la corrupción que resulta en el decomiso de la riqueza incrementada, a menos que el funcionario pueda explicar de manera suficiente cómo ocurrió el incremento en la riqueza por medios legítimos. Esta clase de presunción releva al Estado de lo que constituye a menudo un obstáculo de prueba imposible en los casos en que no se esperaría que los funcionarios públicos –particularmente los que han tenido

100 *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 en para. 41.

101 *United States v. Ursery* 518 U.S. 276 (1976) (Corte Suprema de los Estados Unidos); *Murphy v. GM, PB, PC Ltd., and GH* [1999] IEHC 5 (Corte Suprema de Irlanda); y *Martineau v. Canada* (Ministro de Rentas Nacionales) [2004] 3 S.C.R. 737 (Corte Suprema de Canadá).

102 Ver “Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza”, en la Parte C, y *A_Company v. Federal Office of Justice*.

largo tiempo en el servicio público– tuviesen un incremento drástico en su riqueza mientras se encontraban en el ejercicio de su cargo. De otra forma, podrían utilizar su posición para ocultar planes corruptos y hacer fracasar la investigación sobre su adquisición de los activos.

Muchas jurisdicciones han aprobado las presunciones refutables como parte de sus leyes sobre decomiso. En Tailandia, las presunciones refutables se utilizan para invalidar las transferencias a los familiares.¹⁰³ En Suiza, los activos pertenecientes a una persona que haya participado en una organización criminal o la haya apoyado, se presumen estar a disposición de la organización.¹⁰⁴ El Reino Unido presume que cualquier propiedad adquirida seis años antes de la condena se derivó en forma ilegal.¹⁰⁵ Existen también presunciones vinculadas a la condena de un delito penal.¹⁰⁶ Véase el recuadro 7.2 para ejemplos de presunciones legislativas en Filipinas y cómo se han aplicado.

103 Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, secciones 51 y 52:

sección 51: “...si el demandado está relacionado...o solía estar relacionado con cualquier persona que cometió el delito predicado o el delito de lavado de dinero, se hará la presunción de que el dinero o activo se relacionó con un delito o que fue transferido en forma deshonesto, cualquiera de los dos casos”.

Sección 52: “... si el demandado al ser un receptor... está relacionado o solía estarlo con cualquier persona que cometió el delito predicada o el delito de lavado de dinero, se hará la presunción de que el demandado adquirió su interés concedido en posesión en forma deshonesto”. [cursivas agregadas].

104 Código Penal de Suiza, artículo 72. La presunción se utilizó recientemente en el decomiso de 7 millones de francos suizos (US\$6 millones) robados por el antiguo presidente haitiano Jean-Claude Duvalier. La Oficina Federal de Justicia de Suiza declaró que el clan Duvalier actuó en igual forma que una organización criminal. Las declaraciones de los tenedores de cuentas no aportaron evidencia o explicación del origen legal de los fondos en forma suficiente para refutar la presunción. La Oficina Federal de Justicia suiza ordenó el decomiso de los fondos y su devolución al gobierno de Haití. A la fecha de escritura del presente libro, los tenedores de cuentas tenían 30 días para apelar. Ver el comunicado de prensa de la Oficina federal de Justicia de 12 de febrero de 2009, “Handover of Duvalier Assets to Haiti Ordered” (http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/dokumentation/mi/2009/ref_2009-02-12.html) y el comunicado de prensa del Banco mundial de 13 de febrero de 2009, “World Bank Welcomes Swiss Handover of Duvalier Assets to Haiti” (<http://go.worldbank.org/22BHX75J0>).

105 Ley sobre Productos del Crimen del Reino Unido, sección 10(8). Sudáfrica tiene una provisión similar que se aplica para un período de siete años: Segunda Enmienda de la Ley de Prevención del Crimen Organizado de 1999, sección 22.

106 Ley Respecto al Decomiso, Administración y Apropiación de Productos e Instrumentos de la Actividad Ilegal, de Quebec, Canadá, sección 11. Título 21, Código de los Estados Unidos, sección 853(d), un estatuto de decomiso penal prevé en la parte pertinente así: “Existe presunción refutable en el juicio de que cualquier propiedad de una persona condenada por un delito según este subcapítulo... está sujeta al decomiso según los términos

Recuadro 7.2 *Presunciones legislativas en Filipinas: casos de ejemplo de la implementación de la sección 31 de las Reglas de procedimiento en casos de decomiso de activos NCB*

Sección 31 de las reglas de procedimiento en casos de decomiso civil

Al emitir su juicio la corte puede considerar los siguientes factores para determinar dónde se halla la preponderancia de la evidencia:

- a) Que el instrumento monetario, propiedad o productos estén representados, implicados o relacionados con una actividad ilegal o un delito de lavado de dinero:
 - 1) Si el valor de la cantidad implicada no es proporcional a la capacidad de negocio, financiera o de obtención de ingresos de la persona.
 - 2) Si cualquier transacción indica una desviación clara del perfil o transacciones previas de la persona.
 - 3) Si una persona abre, mantiene o controla una cuenta con una entidad abierta a nombre distinto al suyo o del nombre de negocio registrado, a menos que esté autorizada por la ley vigente.
 - 4) Si una persona tiene transacciones estructuradas con el fin de evitar ser sujeto de requisitos de reporte según la Ley de la República No. 9160, enmendada. O
 - 5) Si existe cualquier transacción que no tiene obligación subyacente legal o comercial, propósito o justificación económica. O
- b) Que el instrumento monetario, propiedad o productos, cuyas fuentes se originaron de, o están materialmente vinculadas con, instrumentos monetarios, propiedades o productos utilizados en la comisión de una actividad ilegal u delito de lavado de dinero, están relacionadas con dicha actividad ilegal u delito de lavado de dinero.

Vida de lujos: valor no proporcional a la capacidad de obtención de ingresos

Un oficial militar de alto rango llamó la atención para la ejecución de la ley porque su estilo de vida lujosa era desproporcionado a su capacidad de obtención de ingresos como oficial militar y la de su esposa. Era conocido por sus carros de lujo y propiedades exclusivas en las Filipinas y el exterior, y por mantener cuentas bancarias de cantidades considerables a su nombre o a nombre de familiares próximos. Los defensores de la ley efectuaron una “revisión del estilo de vida”, una indagación sobre sus activos y la investigación produjo una gran disparidad entre sus activos declarados en forma subvaluada y sus activos reales. Para facilitar una investigación más extensa, se presentó una petición de orden de censura de las cuentas bancarias como remedio provisional y se utilizó la presunción de la sección 31(a)(1). Asimismo, las cuentas de la esposa del oficial se sometieron también a la orden de censura en adición a la presunción de la sección 31(a)(3), con base en que el “control” de la cuenta lo tenía él.

Cambio de curso: transacción desviada de la norma o propósito

Se descubrió que una empresa con licencia para vender suministros militares y de oficina había solicitado inversiones del público en un esquema de pirámide que producía intereses de hasta cuatro veces la tasa del mercado por un período de seis meses: El banco de la empresa presentó un

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación recuadro 7.2)

Informe de Transacción Sospechosa, dado que los depósitos representaban una clara desviación del perfil establecido en la licencia y las transacciones eran inusualmente grandes y complejas. Se presentó una petición de orden de censura, que se emitió, después de lo cual se presentó una petición de decomiso de activos NCB. Puesto que los funcionarios de la empresa huyeron del país, no fue refutada la presunción de la sección 31(a)(2) en los procesos de decomiso de activos NCB y se emitió una orden.

Ausencia de obligación legal, propósito o justificación económica subyacente

Un ciudadano de Japón que visitaba Filipinas fue secuestrado y se demandó la cantidad de 2,6 millones de pesos filipinos (unos US\$55.000) por su liberación. Cuando el secuestrador recibió una transferencia por cable por esa cantidad de un banco de Tokio, el banco filipino presentó un Informe de Transacción Sospechosa con base en que la transacción incluía una gran suma y no tenía “obligación subyacente legal o comercial, propósito o justificación económica”. Al solicitar una orden de censura durante la investigación inicial, se utilizó la presunción de la sección 31(a) (5) por haber evidencia insuficiente para vincular la actividad ilegal con la cuenta en las primeras etapas. La orden de censura fue emitida e investigaciones posteriores vincularon la actividad ilegal con el dinero: se descubrió que los parientes de la víctima en Japón habían depositado los fondos del rescate en un banco de Tokio y lo transfirieron a un banco filipino, donde fue retirado por el secuestrador. La corte ordenó a la poste el decomiso del dinero.

Fuentes vinculadas a la comisión de actividad ilegal

Un comerciante de drogas sospechoso poseía un negocio minorista y mantenía una cuenta bancaria a su nombre. A la búsqueda de premisas adicionales para una investigación sobre tráfico de drogas, los defensores de la ley confirmaron que el negocio no operaba como minorista de bienes legales, sino más bien, comercio de drogas ilegales. En los procesos de decomiso de activos NCB se utilizó la presunción de la sección 31(b), vinculando el dinero de la cuenta bancaria, mantenido a su nombre con la comisión de crimen de venta ilegal de drogas peligrosas.

Ha habido objeciones a las presunciones, la mayor parte de las cuales se han centrado alrededor de garantías constitucionales sobre la presunción de inocencia hasta probarse la culpabilidad por la ley. Siempre que la presunción se redacte en forma restrictiva, sea refutable y razonable, no existe necesariamente una violación.¹⁰⁷ Aun la Uncac y

de esta sección si los Estados Unidos establecen por preponderancia de la evidencia que -1) dicha propiedad fue adquirida por dicha persona durante el período de la violación de este subcapítulo...o dentro de un término de tiempo razonable después de dicho período; y 2) no hubo origen probable para dicha propiedad distinto a la violación de este subcapítulo...”

107 *Salabiaku v. France* (1998) 13 EHRR 379 (la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que una presunción legal no violaba la garantía del artículo 6(2) de presunción de inocencia hasta prueba de culpabilidad, porque estaba “dentro de los límites razonables que tienen en cuenta la importancia de lo que está implicado y mantienen los derechos de la defensa”).

otras convenciones internacionales tienen provisiones que solicitan a los estados integrantes considerar la posibilidad de requerir que un delincuente demuestre el origen legal de los activos sujetos a decomiso.¹⁰⁸ La carga debe permanecer en el proceso para establecer el caso y la base para la presunción, y debe permitirse al demandado ofrecer una explicación razonable o verídica para refutar la presunción.

CONCEPTO BÁSICO 15

Donde se utilicen las defensas afirmativas, deben especificarse las defensas para el decomiso junto a los elementos de esas defensas y la carga de la prueba.

En algunos sistemas legales, una vez el fiscal establece el decomiso, la carga se desplaza al demandado para establecer defensas conocibles.¹⁰⁹ Un demandado tiene primero que probar que él o ella tiene un interés propietario en la propiedad y después de eso, las defensas reconocidas para el decomiso pueden variar dependiendo de cuándo adquirió el demandado ese interés en la propiedad (por ejemplo, antes o después de la violación) y si se alega que la propiedad sujeta al decomiso es producto o instrumento del crimen. Defensas particulares podrían incluir: 1) que la policía incautó propiedad equivocada; 2) el propietario es un comprador de buena fe por el valor de la propiedad sin conocimiento de la conducta ilegal que implica la propiedad; o 3) en el caso de propiedad que facilitó la violación, el demandado hizo todo lo que podía esperarse razonablemente para impedir el uso ilegal de la propiedad. Usualmente se requiere a los demandados probar cualquier defensa reconocida por la misma carga de prueba requerida del gobierno para probar el caso de *prima facie* para el decomiso.

Algunas jurisdicciones emplean también una defensa de proporcionalidad para facilitar los casos de propiedad. Si el gobierno establece que la propiedad facilitó el delito, se concede al demandado una oportunidad adicional de evitar o mitigar el decomiso probando que el valor de la propiedad y su conexión con el crimen son burdamente desproporcionados a la gravedad del delito. Sin embargo, el mero valor del activo solo no constituye el factor determinante (*ver* recuadro 7.3). Si así fuera, los demandados tendrían capacidad de escapar al decomiso utilizando vehículos de altos precios y casas para transportar y almacenar narcóticos ilegales y luego argumentar que el valor de la propiedad excede el valor de los narcóticos. La defensa debe considerar el grado al que la propiedad era integral para facilitar el crimen. Adicionalmente, esta

108 Uncac, artículo 31(8); Untoc, artículo 12(7); Convención de Viena, artículo 5(7).

109 No todos los países prevén un sistema de defensas aplicables. Los países deben considerar este concepto en el contexto de su propia legislación local.

Recuadro 7.3 *Decomiso de una residencia en Sudáfrica*

La Corte Constitucional de Sudáfrica equilibró algunas de estas consideraciones sobre proporcionalidad en el caso *National Director of Public Prosecutions v. Prophet*,^a en el que la corte consideró el decomiso de una residencia como un “instrumento” de una operación de tráfico de drogas. Al determinar si el decomiso fue proporcional al delito, la corte ponderó la severidad de la interferencia con los derechos individuales a la propiedad, contra el grado al que se utilizó la propiedad para propósitos de la comisión del delito, teniendo presente la naturaleza del delito.

La corte determinó que la propiedad estaba estrechamente conectada a la fabricación de drogas, centrándose en la evidencia de que casi todas las habitaciones de la casa se habían adaptado para facilitar la operación y darle poco peso a la evidencia de que sólo se halló una pequeña cantidad de sustancias ilegales. La corte reconoció los derechos de propiedad del demandado y la importancia de considerar las circunstancias personales cuando la propiedad es utilizada para propósitos residenciales, pero anotó que el demandado tenía ingresos de rentas de otra propiedad poseída por su difunto padre. Balanceando estos factores en el contexto del delito de fabricación de drogas –que socava la economía legítima, amenaza a estabilidad y seguridad nacional del país, crea problemas inmensurables a la sociedad y amenaza la riqueza, bienestar y seguridad de los individuos– la corte respaldó el decomiso.

a. [2006] ZACC 17 (Corte Constitucional de Sudáfrica).

defensa no tendría aplicación en un caso en el que la teoría del decomiso es que la propiedad es producto de la conducta ilegal. Puesto que nunca se tiene el derecho de poseer ganancias mal obtenidas, sería imposible que un decomiso de productos fuera desproporcionado a la seriedad del delito.

CONCEPTO BÁSICO 16

El gobierno debe estar autorizado para ofrecer una prueba por evidencia circunstancial y rumor.

La mayoría de las jurisdicciones permiten el uso de evidencia circunstancial¹¹⁰ o inferencias basadas en circunstancias objetivas¹¹¹ para establecer ciertos elementos de un delito, aun en procesos penales. Las convenciones y acuerdos internacionales tienen

110 La evidencia circunstancial consiste en uno o más hechos que pueden utilizarse para inferir otro hecho.

111 El Reglamento Modelo de la OEA ha definido que las “circunstancias objetivas del caso” incluyen “entre otras, las circunstancias relativas al tiempo o la manera de adquisición, las características personales y económicas, la esfera ordinaria de actividades de la persona acusada, o cualquier otra circunstancia que se considere pertinente”.

también provisiones para que las inferencias, como permitir el conocimiento,¹¹² intención o propósito requerido como elemento de un delito se inferan de circunstancias actuales objetivas.¹¹³ La evidencia circunstancial es extremadamente importante en casos de decomiso en los que el gobierno puede probar que el delincuente estuvo vinculado a alguna actividad criminal y que adquirió riqueza más allá de sus ingresos legítimos, pero el gobierno es incapaz de probar las transacciones específicas que dan cuenta del incremento de la riqueza.¹¹⁴ Esto es particularmente válido en los casos de corrupción en los que el funcionario corrupto adquirió riqueza ilícita en un período de años de una variedad de planes contra el gobierno, pero en los que sería difícil, si no imposible, probar que los fondos dados se derivaron de un plan particular o “*quid pro quo*”.

Muchas jurisdicciones permiten el uso de rumores¹¹⁵ durante las fases de incautación y restricción de un proceso de decomiso de activos NCB.¹¹⁶ No es práctico, por ejemplo, para los testigos con conocimiento directo de hecho aparecer personalmente en la corte cuando sólo la incautación y la restricción están en disputa. Por lo general, al agente de policía que ha entrevistado testigos se le permite testificar, usualmente con testimonio o declaración bajo pena de perjurio, sobre lo que el demandado le dijo al investigador. Se acostumbra seguir este proceso con la emisión de órdenes de búsqueda y arresto. Algunas jurisdicciones permiten ciertas excepciones al rumor en el proceso del juicio y las han provisto en su legislación NCB.¹¹⁷

112 La ley NCB puede prever que el conocimiento puede constituir ceguera deliberada. Un propietario no puede conscientemente evitar buscar la verdad y deliberadamente cerrar sus ojos e ignorar lo que habría sido obvio con respecto a la inclusión de la propiedad en el crimen.

113 Recomendación 2 de las Cuarenta Recomendaciones sobre Lavado de Dinero de GAFI (el intento mental de lavado de dinero puede inferirse de circunstancia actual objetiva); Convención de Viena, artículo 3(3); Untoc, artículo 5(2) y Uncac, artículo 28 (el conocimiento, intento o propósito requerido como elemento de un delito puede inferirse a partir de circunstancias actuales objetivas).

114 En el Reglamento Modelo de la OEA, el artículo 9(2) permite que se infiera el origen ilícito o el destino de los activos con base en las circunstancias objetivas del caso.

115 El rumor es una declaración fuera de la corte que se ofrece en la corte como evidencia para probar la veracidad del asunto afirmado. Mientras las jurisdicciones de derecho civil no excluyen usualmente el rumor de los procesos, en las de derecho común el rumor es inadmisibles con varias excepciones. Si el rumor es admitido, la corte debe considerar también la ponderación apropiada para dar la evidencia.

116 Para un caso de ejemplo, ver *McK v. H and Anor* [2006] IESC 63 (Corte Suprema de Irlanda) (evidencia de rumor admisible en un proceso de decomiso de activos NCB en Irlanda, donde la corte tuvo oportunidad de revisar cuidadosamente su valor probatorio).

117 Regla de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil, Preservación de Activos y Congelación de Productos de Delitos de Lavado de Dinero (Filipinas), sección 30.

CONCEPTO BÁSICO 17

Deberían proponerse estatutos aplicables de limitaciones (prescripción) para permitir máxima aplicabilidad del decomiso de activos NCB.

Existe una variedad de reglas que tratan las circunstancias en las que debe iniciarse una acción de decomiso local. Algunas jurisdicciones no tienen período de limitaciones,¹¹⁸ con base en la teoría de que nunca puede obtenerse título a activos adquiridos ilegalmente. Otros atan el inicio de un proceso de decomiso de activos NCB a algún otro evento, como un proceso penal relacionado o un período definido de años siguiente al descubrimiento de los actos que dan lugar al decomiso.¹¹⁹ Algunas suspenden el período de limitación mientras la propiedad está más allá del alcance de la corte.¹²⁰

Mientras los estatutos de limitaciones pueden promover la pronta resolución de casos, los períodos de limitaciones también recompensan a quienes tuvieron éxito en ocultar su conducta o quienes operan en un entorno que impide la pronta iniciación de la acción de decomiso de activos NCB. Generalmente es imposible procesar la

118 Colombia es una jurisdicción sin período de limitaciones. El artículo 24 de la Ley 793 de 2002 manifiesta: “(...) puede ordenarse el decomiso al margen de cuándo haya ocurrido la adquisición o uso ilegal de la propiedad. En todo momento debe entenderse que la adquisición ilegal de la propiedad no constituye un título justo, es seriamente perjudicial para el bienestar social del país y se trata de una actividad que produce efectos permanentes”.

119 En las Filipinas, mientras el crimen de saqueo tiene un período de limitación de 20 años, el derecho a recuperar activos relacionados con él no está “excluido por prescripción, negligencia o preclusión” (Ley de la República No. 7080, sección 6).

120 En los Estados Unidos el estatuto de limitaciones empieza a correr desde el descubrimiento del delito penal que da lugar a la acción de decomiso de activos NCB. El título 19 del Código de los Estados Unidos, sección 1621, en las partes pertinentes prevé lo siguiente:

Ninguna demanda o acción ... [para el decomiso de la propiedad... será instituida a menos que dicha demanda o acción se inicie dentro de los cinco años después del momento en que fue descubierto el delito alegado, o, en el caso de decomiso, dentro de los dos años después del momento en que fue descubierta la participación de la propiedad en el delito alegado, el que sea posterior; excepto que... el tiempo de la ausencia de los Estados Unidos de la persona sujeta a la pena o decomiso, o de cualquier ocultamiento o ausencia de la propiedad, no será computado dentro del período de limitación de cinco años.

Esta provisión esencialmente suspende el período de limitaciones para llevar una acción de decomiso cuando la propiedad está ubicada fuera de las fronteras de EUA. Como ejemplo, se permitió a los fiscales de EUA entablar una acción de decomiso contra los productos de drogas colocados en otro país aun cuando hubiesen transcurrido más de cinco años desde su detección. *U.S. v. All Funds in Account Nos. 747.034/278, 747.009/278 y 747.714/278 in Banco Español de Crédito, España*, 295 F.3d 23 (D.C. Cir. 2002).

corrupción oficial mientras el delincuente se encuentre en el cargo y los funcionarios corruptos pueden permanecer en él muchos años.

Por tanto, debería proponerse legislación para prever que ninguna acción de decomiso de activos NCB sea excluida como resultado del paso del tiempo a menos que la conducta que dé lugar al decomiso se refiera a corrupción oficial o fuese cometida por una persona políticamente expuesta (PEP).¹²¹ Para todos los demás actos criminales, el período de limitaciones no debería empezar hasta algún tiempo, quizás 20 años, después del descubrimiento por parte del gobierno de los actos que dan lugar a la acción de decomiso. Para aquellas acciones de decomiso de activos NCB regidas por un período de limitaciones, las leyes deberían tener provisiones apropiadas para excluir períodos de tiempo en los que: 1) el gobierno espera la producción de evidencia de una autoridad foránea como respuesta a una petición oficial,¹²² 2) los testigos están más allá del poder de citación legal de la corte, y 3) los activos sujetos a decomiso se han ubicado más allá del control de la corte.¹²³ La legislación debería prever que los juicios de decomiso pueden hacerse cumplir a perpetuidad sin limitación.

121 Se define a las personas políticamente expuestas como aquellos individuos a quienes se confía o se ha confiado funciones públicas destacadas y sus familiares y asociados cercanos (Uncac, artículo 52(1)). Ver también el glosario de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI, que define a las PEP como “individuos a quienes se confía o se ha confiado funciones públicas destacadas en un país extranjero, por ejemplo, jefes de Estado o de gobierno, políticos superiores, funcionarios superiores del gobierno o militares, ejecutivos superiores de empresas de propiedad del Estado, funcionarios importantes de partidos políticos. Las relaciones de negocios con familiares o asociados cercanos de las PEP implican riesgos de reputación similares a los de las mismas PEP. La definición no intenta cubrir individuos de rango medio o inferiores en las anteriores categorías”.

122 Ver título 18 del Código de los Estados Unidos, sección 3292: “A petición de los Estados Unidos, presentada antes del retorno de un acta de acusación, indicando que la evidencia de un delito se encuentra en un país extranjero, la corte de distrito ante la que un gran jurado es nombrado para investigar el delito suspenderá la ejecución del estatuto de limitaciones para el delito si la corte encuentra por una preponderancia de la evidencia que se ha presentado una petición oficial para dicha evidencia y que razonablemente aparece, como razonablemente apareció en el momento en fue presentada la petición, que dicha evidencia se encuentra, o se encontraba, en dicho país extranjero”.

123 El artículo 29 de Uncac requiere que los países establezcan períodos de limitación largos y aun más largos o una suspensión del estatuto de limitaciones si el presunto delincuente ha evadido la justicia.

8

Partes de los procesos y requisitos de notificación

CONCEPTO BÁSICO 18

Quienes tienen interés legal potencial en la propiedad sujeta a decomiso tienen derecho a ser notificados de los procesos.

Los principios fundamentales del debido proceso y la justicia básica requieren que las personas con interés potencial en la propiedad sujeta a una acción de decomiso de activos NCB tienen derecho a ser notificados de la acción. La ley NCB debería prescribir cómo se notifica la acción de decomiso a tales partes y quién es responsable de efectuar dicha notificación.¹²⁴ La responsabilidad de notificar puede recaer en el fiscal o en la corte. Usualmente, se envía alguna clase de aviso a los individuos que el gobierno cree puedan tener interés legal en la propiedad sujeta al decomiso. Mientras la mayoría de los esquemas de decomiso no requieren el servicio formal de procesos de casos civiles, la notificación debe ser apropiada bajo las circunstancias.¹²⁵ Por ejemplo, si la persona a quien se ha incautado la propiedad está encarcelada, debe enviarse notificación a la cárcel en que se encuentra la persona.

Puesto que el decomiso extingue todos los derechos a la propiedad, se da alguna forma de aviso a la población en general. La forma de este aviso general ha evolucionado a través de los años al introducirse nuevos métodos de difusión de información y comunicación. En muchas jurisdicciones se da un aviso general mediante publicación en periódicos o boletines oficiales locales; esta forma de aviso ha reemplazado a la fijación de avisos en las cortes, estaciones de policía, o en el caso de propiedad real, en la misma propiedad. Más recientemente las jurisdicciones han empezado a utilizar Internet para fijar todos los avisos con respecto a la acción de decomiso (*ver* recuadro 8.1). La notificación por Internet es accesible más universalmente y probablemente proporciona mejor notificación al público porque está disponible 24 horas al día en cualquier parte del mundo. Además, cuesta menos que una publicación en un periódico.

124 *Ver*, por ejemplo, la sección 6 de la Legislación del Modelo de la Mancomunidad.

125 El Reino Unido tiene reglas claras sobre lo que constituye servicio en las Reglas de Procedimiento Civil de 1998.

Recuadro 8.1 *Notificación a costo reducido*

La Unidad de Decomiso de Activos de los Estados Unidos publica las notificaciones en un sitio *web*, www.forfeiture.gov, que se colocan durante 30 días y se ofrece un motor de búsqueda para mayor facilidad de uso. Es un método que ahorra US\$5 millones al año en comparación con el método anterior (de notificaciones en periódicos).

En Tailandia, la Regulación Ministerial No. 10 (2000) de la Ley para el antilavado de activos prescribe cómo debe darse la notificación. El funcionario competente debe suministrar la notificación personal de la orden de incautación al propietario o personas que reclaman un interés en el activo. Si no se encuentra a dichas personas, se notificará al poseedor del activo o a un familiar de éste. Adicionalmente, el funcionario competente fijará la notificación de incautación donde se encuentre la propiedad inmueble y en la Oficina para el antilavado de activos, la oficina de tierra y la oficina del distrito metropolitano o provincial de la localidad en la que esté ubicada la propiedad.¹²⁶

En Colombia, la Ley 793 de 2002 requiere que el fiscal identifique a los individuos que tienen derechos de propiedad o quienes tengan interés legítimo y notificar en forma de edicto publicado en un periódico de amplia circulación y anuncio radial en la zona local.¹²⁷

Las jurisdicciones deben considerar también las partes que se incluyen en la definición de un “interés legal” y cómo tratar el servicio a las entidades de fuera de la jurisdicción. Por ejemplo, en Liechtenstein, el concepto de interés legal se define

126 Ley para el Antilavado de Activos d 1999 de Tailandia, Regulación Ministerial No. 10 (2000), cláusula 9:

Cláusula 9. Al incautar la propiedad mueble, el funcionario competente remitirá notificación por escrito al propietario de la propiedad o los propietarios conjuntos o las personas con derecho a la propiedad. Si dichas personas no pudiesen ser notificadas, las notificaciones de incautación serán fijadas en la estación de policía de la localidad en la que dicha propiedad es incautada y en los lugares laborales de la Oficina, tanto en las zonas centrales como en las provinciales.

En el caso de incautación de propiedad mueble con registro de título, p. ej., nave o nave con tonelaje de seis toneladas o más, barco de vapor o de motor con tonelaje de cinco toneladas o más, casa flotante, maquinaria o aeronave, el funcionario competente notificará al registrador de dicha propiedad sobre la incautación y el registrador registrará dicha incautación.

127 Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 13(4): “La identificación se hará en forma de edicto, que se mantendrá fijado en la Oficina del Tribunal durante cinco (5) días y será publicado, durante el mismo período de tiempo, en un periódico de amplia circulación nacional y anunciado por radio en la zona en que esté ubicada la propiedad”.

estrechamente. Además, existe un proyecto de ley que requeriría que las entidades de fuera de la jurisdicción nombren una persona dentro de Liechtenstein si desean ser servidos con notificación.

CONCEPTO BÁSICO 19

Un fiscal o agencia del gobierno debe tener autorización para reconocer acreedores asegurados sin requerirles presentar un reclamo formal.

Con mucha frecuencia, la propiedad sujeta a decomiso se ve obstaculizada por un embargo u otro interés de seguridad de una persona o entidad que no tuvo participación en la actividad criminal o no tuvo conocimiento del uso ilegal de la propiedad. Por ejemplo, un prestamista comercial, como un banco, puede tener una hipoteca sobre una casa utilizada por el propietario para almacenar narcóticos. El banco no sabía que el propietario utilizó la casa en forma ilegal y no tenía razón para saber que el propietario era un traficante de drogas en el momento de otorgar el préstamo. Si un banco, un dueño del derecho de retención, o un acreedor asegurado es capaz de demostrar que actuó de buena fe y ejerció la diligencia apropiada, debería existir un mecanismo para reconocer las pretensiones sin necesidad de presentar una demanda formal y participar en los procesos.

Usualmente, el interés de seguridad del prestamista comercial se evidencia mediante el registro de los documentos apropiados en el catastro o con alguna agencia pública. Si el acreedor puede presentar este tipo de prueba al fiscal y establecer un interés de seguridad y el fiscal queda satisfecho de que el acreedor no tuvo complicidad en ninguna forma en la actividad ilegal, debería existir un procedimiento para reconocer ese interés sin necesidad de prueba adicional. Al posibilitar que un proceso –conforme a la legislación o regulación– reconozca las pretensiones de acreedores hipotecarios legítimos y dueños del derecho de retención como propietarios inocentes, esas partes interesadas pueden preservar su interés en la propiedad y el gobierno puede dinamizar los procesos de decomiso y evitar litigios innecesarios. Una vez terminados los procesos de decomiso y sea decomisada y vendida la propiedad, puede pagarse al acreedor con parte de los productos brutos y el resto ser realizado por el gobierno.

CONCEPTO BÁSICO 20

A un fugitivo que rehúse regresar a la jurisdicción para enfrentar cargos penales pendientes no debe permitírsele disputar procesos de decomiso de activos NCB.

La mayoría de los delincuentes demandados que han evadido el proceso penal huyendo de una jurisdicción acogerían con gusto la oportunidad de disputar el decomiso de

activos NCB relacionado en esa misma jurisdicción a través de abogados locales. Sin embargo, a dicho propietario fugitivo no debería permitírsele beneficiarse de los procesos de la corte para disputar el decomiso de activos NCB, mientras simultáneamente rehúsa presentarse por un caso penal relacionado.¹²⁸

Los Estados Unidos han promulgado la Ley de Ilegitimidad del Fugitivo (*ver* recuadro 8.2), estatuto que impide a un demandado aparecer formalmente en un proceso de decomiso de activos NCB y presentar una defensa a la acción. El gobierno debe establecer que el demandado es un fugitivo en una acción penal relacionada con la acción de decomiso y tiene conocimiento real de los cargos criminales pendientes o dicho conocimiento puede imputarse con base en la totalidad de las circunstancias. Asimismo, tiene que demostrarse que el demandado no está confinado a otra jurisdicción, sino más bien, ha evitado deliberadamente el proceso judicial abandonando a propósito los Estados Unidos, declinando entrar o regresar a los Estados Unidos, o evadiendo de otra forma la jurisdicción de la corte donde está pendiente el caso penal en su contra.

Muchos delincuentes mantienen su riqueza ilícita a nombre de empresas para ocultar la verdadera propiedad de tales activos. La Ley de Ilegitimidad del Fugitivo tiene en cuenta esto y prohíbe a los fugitivos disputar la acción de decomiso a nombre de la empresa controlada por el fugitivo y mantener título de la propiedad confiscable. En esta forma, el estatuto prohíbe a los fugitivos utilizar entidades corporativas para obtener acceso delegado a una corte para asuntos de decomiso de activos NCB, mientras rehúsen someterse individualmente a una corte penal por un asunto penal relacionado.¹²⁹

La Legislación del Modelo de la Mancomunidad impide que un fugitivo de la justicia obtenga una orden que proteja su interés en la propiedad.¹³⁰

CONCEPTO BÁSICO 21

El gobierno debe estar autorizado para anular transferencias si la propiedad ha sido transferida a asociados o a cualquiera con conocimiento de la conducta ilegal subyacente.

Un problema universal que se encuentra en los litigios de decomiso es que los delincuentes usualmente otorgan el título de la propiedad confiscable a nombre de asocia-

128 La ilegitimidad del fugitivo puede no ser apropiada o necesaria en jurisdicciones que permiten juicios penales *in absentia*. Además, algunas sanciones pueden presentar problemas para la cooperación internacional con algunas jurisdicciones, en particular, donde las sanciones obstruyan el debido proceso.

129 *U.S. v. \$6,976,934.65 Plus Interest*, 520 F. Supp.2d 188 (D.D.C.), apelación pendiente, No. 07-5383.

130 Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 13(4).

Recuadro 8.2 *Ley de ilegitimidad del fugitivo*

El título 28 del Código de los Estados Unidos, sección 2466 prevé lo siguiente:

- a) Un funcionario judicial puede prohibir a una persona utilizar los recursos de las cortes de los Estados Unidos en promoción de un reclamo en cualquier acción de decomiso civil relacionada o un reclamo en procesos de terceras partes en cualesquiera acciones de decomiso penal relacionadas al encontrar que dicha persona-
 - 1) después de notificación o conocimiento del hecho de que se ha emitido una orden o proceso para su aprehensión, con el fin de evitar el proceso penal-
 - A) intencionalmente sale de la jurisdicción de los Estados Unidos;
 - B) declina entrar o regresar a los Estados Unidos para someterse a su jurisdicción; o
 - C) evade de otra forma la jurisdicción de la corte en la que está pendiente un caso penal contra la persona; y
 - 2) no está confinada o mantenida en custodia en ninguna otra jurisdicción por comisión de conducta criminal en esa jurisdicción.
- b) La subsección A) puede aplicarse a un reclamo presentado por una corporación si cualquier accionista mayoritario, o individuo que presente el reclamo a nombre de la corporación, es una persona a la que se aplica la subsección A).

dos, incluyendo amigos cercanos y familiares, como forma de evitar la detección y el decomiso. En algunos casos, el delincuente transfiere título a los activos, pero por poco o ningún valor a cambio. De hecho, si el delincuente mantiene los activos a su propio nombre, puede demostrar que él o ella ha adquirido una cantidad de riqueza excesiva en contraste con su ingreso legítimo.

La legislación puede derrotar estas transferencias a asociados y trabajar en forma mancomunada con otros conceptos básicos de esta guía. Como se analizó en el concepto básico 4, la ley puede imponer una presunción de que dichas transferencias son sospechosas; esto desplaza la carga de la prueba al tenedor del título para probar que dicha propiedad fue objeto de una transacción entre iguales que implicó el pago de valor justo de mercado por la propiedad adquirida del delincuente. La ley podría permitir también inferencias de la falta de buena fe de una de las partes con base en evidencia circunstancial o las circunstancias objetivas del caso (*ver* concepto básico 16).¹³¹ Además, al disponer defensas estatutarias al decomiso, la ley puede requerir que un propietario inocente tenga que probar que él o ella adquirió la propiedad como

131 El artículo 10(3) del Reglamento Modelo de la OEA permite a la corte o autoridad competente inferir falta de buena fe de una tercera parte de las circunstancias objetivas del caso.

comprador(a) de buena fe de valor sin conocimiento del origen ilícito (*ver* concepto básico 15).¹³²

Otro concepto útil es incluir una provisión en la ley similar a la utilizada en los Estados Unidos, conocida como “doctrina de relación retroactiva” (*relation back doctrine*), que establece que el título de activos de decomiso se traspa al gobierno en el momento del acto ilegal que da lugar al decomiso (*ver* recuadro 8.3). Si la propiedad se transfiere posteriormente permanece sujeta al decomiso, a menos que el cesionario establezca que fue un comprador de buena fe por valor sin conocimiento de que la propiedad estaba sujeta a decomiso. Las cortes de los Estados Unidos han aceptado la doctrina y reconocido su importancia para derrotar las transferencias a asociados. En *United States v. Lazarenko*,¹³³ la corte declaró que el interés del gobierno en la propiedad se transfiere en el momento en que el demandado comete el delito según la doctrina de relación retroactiva, “de otra manera, un demandado podría intentar evitar el decomiso penal transfiriendo su propiedad a otra persona antes de la condena”.

En *United States v. Gilbert*,¹³⁴ la corte declaró que el interés del gobierno se remonta al tiempo del acto que hizo de la propiedad objeto de decomiso, agregando que el Congreso incluyó la provisión de impedir a un demandado criminal intentar transferir propiedad a una tercera parte antes de la condena del criminal. Permitir al gobierno afirmar su interés bajo la doctrina de relación retroactiva derrota las pretensiones de un propietario que adquirió un interés en la propiedad sujeta a decomiso después de ocurrido el crimen y antes de que la corte iniciara el juicio de decomiso. Además, la doctrina habilita al gobierno a anular transferencias posteriores a asociados del delincuente que pueden estar asistiéndolo para proteger la propiedad del decomiso reclamando título sin haber pagado un valor apropiado por ella.

CONCEPTO BÁSICO 22

Debe especificarse el grado al que un reclamante de activos confiscables pueda utilizar esos activos con el fin de impugnar la acción de decomiso o para gastos de manutención.

Garantizar acceso a un acusado a activos confiscables (los que han sido congelados o incautados) para pagar su gastos de manutención u honorarios de abogados constituye

132 En Colombia, si los activos fueron transferidos o vendidos a una tercera parte, es necesario que ésta pruebe buena fe libre de culpa. Esto se ha aplicado en el caso de activos transferidos a un testaferro, donde la corte declaró que la entidad fiduciaria debería tener mejor conocimiento.

133 *United States v. Lazarenko*, 476 F.3d 642, 647 (9th Cir. 2007) (El señor Lazarenko fue Primer Ministro de Ucrania).

134 *United States v. Gilbert*, 244 F.3d 888, 902 No. 38 (11th Cir. 2001).

Recuadro 8.3 *La Doctrina de Relación Retroactiva (Estados Unidos)*

Los títulos 21, secciones 853(c), 881(h) y 18, sección 1963(c) del Código de los Estados Unidos prevén que:

Todo derecho, título e interés en propiedad [sujeta a procesos de decomiso] se transfiere a los Estados Unidos a la comisión del acto que da lugar al decomiso bajo esta sección. Cualquier propiedad que se transfiera posteriormente a una persona distinta al demandado puede ser objeto de un veredicto especial de decomiso y en lo sucesivo se ordenará sea decomisada a favor de los Estados Unidos, a menos que el cesionario establezca en una audiencia... que es un comprador de buena fe por valor de dicha propiedad que en el momento de la compra se encontraba razonablemente sin causa para creer que la propiedad estaba sujeta a decomiso...

tema de controversia. El acceso a dichos activos depende de varias consideraciones de derecho local y políticas, como la naturaleza manchada de los fondos restringidos, impedir la dispersión intencional de los fondos,¹³⁵ intereses de terceras partes en competencia, existencia o suficiencia de un sistema de ayuda legal, debido proceso y derecho a consejería. Con respecto al derecho de consejería, por ejemplo, entre las consideraciones está si el derecho se extiende a procesos de decomiso de activos NCB en los que no hay interés de libertad comprometido (encarcelamiento improbable); si existe un sistema para consejería nombrada por la corte o el gobierno financia ayuda legal disponible a indigentes en casos de decomiso de activos NCB y si las entidades corporativas tienen derecho a consejería a expensas del gobierno.

El resultado es que existen varios sistemas y políticas con respecto al uso de activos confiscables para honorarios legales o gastos de manutención. En un extremo, algunas jurisdicciones permiten a un acusado gastar dichos activos sin limitación para contratar abogados para disputar el decomiso y proporcionar gastos de manutención para el acusado y aun para su familia. En el otro extremo, algunas jurisdicciones no permiten el uso de tales activos por parte del demandado para ningún propósito con base en la noción de que a un criminal no se le debe permitir gastar el producto del crimen y beneficiarse de ese crimen, al margen de cualquier uso que se intente darle (*ver* recuadro 8.4). Entre estos dos extremos hay jurisdicciones que permiten el acceso a los fondos restringidos bajo un marco regulatorio que salvaguarda la forma en que se liberan los activos (*ver* recuadro 8.5).

135 Si el delincuente puede gastar los productos del crimen sin limitación para disputar la acción de decomiso y con el conocimiento de que cuando el caso esté perdido, lo que reste será decomisado al Estado, el delincuente no tiene incentivo de hacer nada distinto que combatir el decomiso hasta que se agoten los fondos restringidos, lo cual puede ser particularmente frustrante en casos de fraude y corrupción en los que el objetivo general es retornar los activos a la víctima, pero en cambio la cantidad la agota el delincuente.

Recuadro 8.4 *Uso de activos restringidos para representación legal no permitido en algunas jurisdicciones*

En una decisión que marcó un hito en los Estados Unidos concerniente a la constitucionalidad del derecho de un criminal acusado a utilizar los productos del crimen para contratar abogado para su defensa cuando los activos están pendientes de decomiso, la Corte Suprema vinculó la situación al ladrón de bancos que busca utilizar los fondos robados para contratar abogado y concluyó que no existe protección constitucional para utilizar los productos del crimen, incluso si el delincuente no ha sido condenado aún:

El interés del gobierno para obtener un decomiso no disminuido incluye así el objetivo de devolver la propiedad, en su totalidad, a quienes se privó ilegalmente de ella. Donde el gobierno persigue este fin de restitución, el interés del gobierno en el decomiso es virtualmente indistinguible de su interés en devolver a un banco el producto de un robo bancario y la pretensión de un demandado en un caso de decomiso del derecho de utilizar dichos activos para contratar un abogado, en lugar de devolverlos a su legítimos dueños, no es más persuasiva que la pretensión similar de un ladrón de bancos.

Caplin & Drysdale v. United States, 491 U.S. 617, 629-30 (1989).

En Colombia, el proceso de decomiso no permite el pago de gastos legales o de vida proveniente de los productos incautados. Sin embargo, han existido tres casos en los que los solicitantes han utilizado otros medios legales, fuera del proceso de decomiso, para cubrir sus gastos: en un caso, se utilizaron los fondos para cubrir gastos médicos y en los otros dos casos, se utilizaron para gastos de manutención de niños menores. El problema principal fue que la orden no se dio para el mínimo vital, sino una cantidad correspondiente al nivel de vida al que estaban acostumbrados.

En jurisdicciones en las que un acusado puede solicitar acceso a activos confiscables para el pago de honorarios legales y gastos de manutención, el uso de fondos manchados por el delincuente debería constituir un último recurso y la ley debería imponer condiciones y limitar el acceso a esos activos.¹³⁶ Este objetivo puede cumplirse de varias formas. Como condición previa, el acusado debería tener que demostrar o probar que él o ella no tiene activos no manchados con los cuales contratar asesoría legal o pagar

136 *Ver también* la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 5; la Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, secciones 44-45 (el demandado puede solicitar a la corte la liberación de gastos legales razonables cuando se cumplen determinadas condiciones). En Ontario, Canadá, donde un demandado puede también solicitar a la corte la liberación de gastos legales razonables, los pagos están sujetos a límites fijados por la Regulación 91/02 de la Ley de Remedios Civiles. La cantidad máxima de fondos disponibles para gastos legales se calcula como porcentaje del total de los fondos y, adicionalmente, existen límites y cálculos para las tarifas por hora de abogados, costos de viaje y desembolsos.

Recuadro 8.5 *Uso de activos restringidos para representación legal (Reino Unido)*

En el Reino Unido, el gobierno inicialmente impidió el acceso a activos restringidos para representación legal en los casos de decomiso de activos NCB para impedir la dispersión intencional de los activos en honorarios legales. La representación legal se garantizaba mediante el plan de ayuda legal civil; sin embargo, la experiencia operativa mostró que el plan no estaba bien adecuado para los casos de decomiso de activos NCB debido al alcance del plan, particularmente los límites de elegibilidad financiera y las reglas que rodean estos límites. Además, los casos implicaban complejos asuntos financieros que retrasaban el proceso de asistencia judicial debido a un requisito estatutario para investigar los medios del solicitante.

Para atender estos problemas, el gobierno enmendó la Ley sobre Productos del Crimen de modo que permitiese a la Corte Suprema excluir propiedad de una orden de censura para satisfacer gastos legales e introdujo un marco regulatorio para salvaguardar la liberación de los activos. La asistencia judicial continúa disponible en casos excepcionales en los que la corte no está capacitada para liberar los activos para cubrir costos legales, por ejemplo, a causa de intereses competitivos de terceras partes.

gastos de manutención antes de que siquiera se preste consideración a la petición para el uso de tales activos. Dicha condición previa debería ser obligatoria en cualquier sistema que permita el uso de fondos restringidos. Una vez se haya cumplido la condición previa, el asesor del demandado debería tener que remitir una cuenta de costos a la corte a fin de que el juez determine la razonabilidad y necesidad de los honorarios contraídos o por contraer.¹³⁷ Adicionalmente, una jurisdicción puede considerar si fijar un límite estatutario a los honorarios que pueden cargar los abogados.

Una consideración relacionada con lo anterior que la legislación debería tratar es la de si, o en qué circunstancias, un demandado penalmente tiene derecho de utilizar activos confiscables para contratar asesoría legal si existe un caso penal pendiente relacionado en forma concurrente con la acción de decomiso de activos NCB. Algunas jurisdicciones que ya han tratado este asunto han concluido que no existe derecho para utilizar los activos confiscables para contratar asesoría legal. Otras jurisdicciones pueden permitir el uso de activos confiscables sólo si un demandado no establece otra fuente de fondos para contratar la asesoría, y otras aún pueden permitir el uso de fondos restringidos aun cuando se tenga disponibilidad de otros fondos. Como mínimo, los demandados con acceso a activos no confiscables (activos no incautados o no congelados) tienen que utilizar primero estos fondos para defenderse contra el

137 En Suiza, la Corte Suprema respaldó una orden que obliga a los abogados a revelar los servicios prestados al delincuente, lo que posibilitó que el proceso incautase parte de los fondos que el delincuente había pagado como anticipos (1S.5/2006).

decomiso o el proceso penal. Si por el contrario, el demandado es pobre, debería existir un control estricto de los honorarios autorizados, pues de otra manera, la acción de decomiso se vuelve rápidamente inútil si la víctima (el Estado en los casos de corrupción) está pagando los costos completos para un demandado que no tiene nada que perder litigando hasta que se agoten por completo los fondos restringidos.

Algunas jurisdicciones tienen el sistema de que “el perdedor paga”, que exige que la parte perdedora pague los honorarios legales de la contraparte. Tales planes se diseñan para disuadir objeciones frívolas al decomiso por parte de los acusados y disuadir la mala conducta del gobierno al presentar casos de decomiso por motivos políticos u otros motivos impropios. Sin embargo, tales planes rara vez tienen el resultado de que el gobierno cobre los honorarios cuando gana porque todos los activos del delincuente usualmente han sido decomisados.

La legislación sobre decomiso de activos NCB debería permitir el uso de los activos confiscables para el pago de gastos de manutención del delincuente y su familia solamente si aquél establece que no cuenta con más activos que los activos restringidos para pagar sus gastos de manutención. Sin esa limitación, un delincuente tiene todos los incentivos para retrasar la resolución del caso de decomiso hasta haberse diluido todos los activos incautados. Un concepto particularmente problemático en algunas jurisdicciones es la noción de que el delincuente y su familia tienen derecho a mantener el estilo de vida al que están acostumbrados. Este concepto ignora el hecho de que fue sólo mediante el crimen que el delincuente y su familia se acostumbraron a ese estilo de vida que buscan mantener después del inicio de la acción de decomiso. Si se permiten los gastos de manutención, sólo deberían permitirse al nivel de gastos de subsistencia.

9

Procesos judiciales

CONCEPTO BÁSICO 23

Considerar autorizar procesos judiciales predeterminados cuando se ha notificado en forma apropiada y los activos permanecen sin reclamar.

Los procedimientos aplicables en la legislación sobre decomiso de activos NCB deberían exigir que la corte instale con prontitud un juicio predeterminado de decomiso a favor del gobierno una vez la persona apropiada haya recibido debida notificación de la acción de decomiso, haya expirado el período de presentar una respuesta a la acción de decomiso y no se haya recibido respuesta alguna. Debería exigirse al gobierno establecer que todos los requerimientos aplicables de notificación se hayan satisfecho cuando el demandado remite un testimonio o declaración (bajo pena de perjurio) indicando cuándo y cómo se dio la notificación de la acción de decomiso a las partes interesadas y declarando que una revisión de los archivos de la corte refleja que no se presentó un reclamo por la propiedad dentro del período prescrito.¹³⁸

Permitir un procedimiento para juicios por omisión asegura que exista una resolución pronta de los casos no disputados y dicho proceso promueve la eficiencia judicial relevando al gobierno de tener que probar el caso de decomiso y a la corte de tener que escuchar un caso cuando nadie está disputando el decomiso.

138 Por ejemplo, en los Estados Unidos, las Reglas Federales de Procedimiento Civil, Regla 55, prevén que cuando una parte contra la cual se instauró un juicio para desagravio afirmativo no ha presentado alegato o se ha defendido en otra forma y ese hecho se presenta por medio de testimonio o de otra forma, el secretario de la corte registrará el incumplimiento de la parte y la corte puede iniciar un juicio predeterminado después de eso.

CONCEPTO BÁSICO 24

Considerar permitir a las partes consentir el decomiso sin un juicio y autorizar a la corte a iniciar un juicio estipulado de decomiso cuando las partes acuerdan dicho procedimiento.

En un esfuerzo para evitar litigios innecesarios, la ley sobre decomiso de activos NCB debería permitir a los demandados consentir el decomiso de activos sin juicio a través de un proceso supervisado por una corte.¹³⁹ En jurisdicciones que permiten la discreción procesal y acuerdos de alegato penal, estipulando que un decomiso de activos NCB puede formar parte de una resolución global de un caso.¹⁴⁰ En tales circunstancias se requiere a las partes ofrecer una base factual propia y una vez satisfecha ésta y que el acuerdo no es coaccionado, la corte expedirá la orden de decomiso sin proceder al juicio.¹⁴¹ No debe requerirse a las partes conducir un juicio y no debería permitirse a la corte rechazar una estipulación de decomiso sobre la cual el gobierno y el demandado han llegado a un acuerdo, siempre y cuando se hayan satisfecho todas las condiciones estatutarias u ordenadas por la corte.

CONCEPTO BÁSICO 25

Especificar los remedios que se encuentren disponibles para el acusado en el evento de que el gobierno no pueda asegurar un juicio de decomiso.

Las jurisdicciones deberían considerar qué remedio, si lo hay, debe estar disponible para el demandado si el gobierno no tiene éxito en asegurar un juicio de decomiso.

139 Los juicios pueden ser obligatorios en algunas jurisdicciones de derecho civil, aun si ambas partes se ponen de acuerdo sobre alguna disposición. Algunas jurisdicciones de derecho civil han permitido excepciones al proceso obligatorio en ciertas circunstancias (por ejemplo, el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal de Guatemala; el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal de Chile). Los países deben considerar este concepto en el contexto de su propia legislación interna.

140 Donde los juicios son obligatorios usualmente no existe procedimiento para resolver o concluir un caso mediante petición de culpabilidad. Otras jurisdicciones de derecho civil han permitido una variación del procedimiento de negociación de la petición –a menudo por delitos especificados– que permite negociaciones entre la fiscalía y la defensa y permite la condena del demandado sin efectuarse un juicio. Entre estas jurisdicciones están Italia (Código de Procedimiento Penal, artículos 444-48), Francia (Código de Procedimiento Penal, artículos 41-42), Argentina (Código de Procedimiento Penal, artículo 431) y Perú (Ley 27.738).

141 Además de los hechos leídos por el fiscal y acordados por la defensa, pueden presentarse casos en los que la corte desee escuchar el testimonio de un testigo particular para asegurar la base factual apropiada.

Mientras la ley debería ordenar que se devuelva inmediatamente la propiedad incautada, debería también abordar si se debe permitir al demandado compensación por daños a la propiedad o consecuenciales que resulten de una congelación o incautación cuando el caso no produce un veredicto de decomiso. Si existe el concepto de inmunidad soberana y oficial,¹⁴² los países deben considerar si habría circunstancias bajo las cuales se dispensa la inmunidad (por ejemplo, pretensiones basadas en el daño a la propiedad), o si sería retenida en todos los casos, en tanto el fiscal, investigador y otros funcionarios responsables actúen de buena fe y en el ámbito de sus deberes oficiales.

Si la propiedad fue vendida antes del juicio, el demandado debería recibir cualquier dinero realizado de la venta. Asimismo, la ley debería prescribir el grado al que puede aprobarse una compensación de intereses y a qué tasa y desde qué momento (esto es, el momento de la incautación o el del juicio). La ley debería indicar también si el gobierno es responsable de los honorarios legales del demandado, los límites de la obligación (por ejemplo, casos de mala fe, o donde un juez declaró que había causa probable para la incautación inicial) y el tipo de honorarios recuperables (por ejemplo, honorarios actuales o fijados).

El permitir reclamos compensatorios reembolsa con justicia al acusado y puede también disuadir la mala conducta del gobierno, en particular el mal uso del decomiso para propósitos políticos u otros motivos impropios. Dicha mala conducta del gobierno constituye un problema particular en los casos de decomiso relacionados con la corrupción, en los que el gobierno que se encuentra en el poder está en posición de utilizar mal una ley de decomiso para ir tras los activos de sus enemigos políticos.

Debe darse consideración también a restringir la responsabilidad personal de funcionarios que deben hacer cumplir la ley, fiscales y otros responsables por el decomiso. Las demandas judiciales por daños contra funcionarios que deben hacer cumplir la ley y fiscales en su capacidad de individuos pueden convertirse en una herramienta poderosa de criminales que buscan disuadir una acción de decomiso. Se recomienda altamente que la legislación cree un mecanismo para sustituir al gobierno como demandado en una acción por daños e inmunizar a los funcionarios del gobierno en su capacidad individual a menos que la conducta fuese de mala fe.

Estas mismas consideraciones se aplican en casos en los que el gobierno tiene éxito sólo parcialmente en una acción de decomiso.

142 Bajo inmunidad soberana o corona o inmunidad oficial, el soberano o Estado y sus agentes no pueden cometer un delito legal y quedar inmunes a la demanda civil o al proceso penal.

Un sistema de decomiso de activos NCB debe anticipar también que una gestión para pagar daños y perjuicios necesita ir acompañada de una petición de asistencia extranjera (*ver* recuadro 9.1).

CONCEPTO BÁSICO 26

El veredicto final de un decomiso de activos NCB debe expresarse por escrito.

Cualquier veredicto final debe expresarse por escrito, contener la base estatutaria para el decomiso y redactar un resumen de los hallazgos objetivos y conclusiones legales que soportan el fallo de la corte a favor del decomiso (*ver* recuadro 9.2 para inclusiones importantes). Un veredicto por escrito que explique la base de los hallazgos de la corte es importante por muchas razones. Proporciona a las partes una explicación del razonamiento de la corte y la aplicación de los hechos a la ley de modo que conozcan el resultado preciso del litigio. La decisión por escrito prevé una base para que una corte de apelaciones considere los procesos en cualquier apelación. Por último, un veredicto por escrito lo suficientemente detallado es fundamental para su cumplimiento

Recuadro 9.1 Gestiones para pagar daños y perjuicios

Los países que ratificaron la Uncac tienen la obligación de prestar asistencia técnica y financiera a otros países que buscan apoyo para recuperar activos tomados en actividades definidas como delitos en la Uncac (*ver* Uncac, artículos 46(1), 51 y 57(4)).

No obstante lo anterior, algunas jurisdicciones requieren un compromiso de pagar daños y perjuicios como prerrequisito de la asistencia judicial mutua. Uno de los fundamentos es que el país al que se presentó la petición puede ejercer acciones y exponerse a obligaciones y el Estado solicitante podría fallar en proseguir hasta el final en suministrar la prueba prometida, o puede resultar que los hechos no son tan apremiantes como alegó el Estado solicitante. Sin haber cometido una falta propia, el Estado al que se presentó la petición puede enfrentarse a una compensación de costos impuesta contra él.

Para jurisdicciones que carecen de recursos para efectuar la gestión, existen instancias en las que estos costos pueden recuperarse con los activos restringidos. Alternativamente, un país que cuenta con un fondo de decomiso de activos tiene capacidad de usar ese fondo para adquirir un bono que cubra los costos que se deberían en el evento de que la acción resulte fallida. Como mínimo, las jurisdicciones están obligadas a ofrecer a las demás la medida más amplia de asistencia, sin presentar barreras ni limitaciones.

Aunque no existen respuestas fáciles a este impedimento potencial, un sistema de decomiso de activos NCB debería prever que el avance de los costos asociados con una petición de asistencia extranjera puede constituir un obstáculo para obtener esa asistencia y debería empeñarse en incorporar a la ley algunos mecanismos para tratar el asunto.

en una jurisdicción extranjera. Una jurisdicción extranjera casi siempre requiere más que los simples detalles de la orden, incluyendo los hechos que forman la base de la decisión, las leyes aplicadas y los procedimientos seguidos. Por ejemplo, Suiza busca en el veredicto extranjero el vínculo entre los activos y el delito cometido.¹⁴³ Puesto que la corte hace los hallazgos de la ley y los hechos y emite la orden final, es la que está en mejor posición de prever esta claridad esencial.

Recuadro 9.2 Inclusiones importantes en un veredicto por escrito

- Hechos. Con una descripción legal de la propiedad y detalles específicos de los activos y su ubicación (por ejemplo, detalles de cuentas bancarias, valor monetario).
- Delitos y leyes pertinentes (por ejemplo, provisiones NCB).
- Procedimientos generales (por ejemplo, carga de la prueba, parte con responsabilidad, defensas) y decisiones procedimentales.
- Requerimientos de notificación, inclusive a terceros, y si el demandado asistió.
- Aplicación de la ley a los hechos.
- Vínculo entre los activos y la actividad ilegal realizada por personas sospechosas, acusadas o condenadas por un delito.

143 Para mayor información sobre el decomiso en Suiza, ver “Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza”, en la Parte C.

10

Consideraciones organizativas y administración de los activos

CONCEPTO BÁSICO 27

Especificar qué agencias tienen jurisdicción para investigar y procesar asuntos de decomiso.

Debe otorgarse autoridad investigativa de decomiso a todas las agencias de ejecución de la ley con responsabilidad para la investigación de delitos financieros. Sin embargo, dada la naturaleza técnica del decomiso y las habilidades financieras especiales requeridas para seguir el dinero y establecer los nexos con el delito subyacente, puede ser apropiada alguna especialización para garantizar que los casos de decomiso sean manejados por investigadores competentes. Cuando no ha sido práctico o eficiente capacitar a todo el personal de la policía en el decomiso de activos, algunas jurisdicciones han utilizado autoridades especializadas¹⁴⁴ o unidades regionales de decomiso con investigadores especialmente capacitados que prestan apoyo a varias agencias (*ver* recuadro 10.1). Algunos países tienen ya una casa de liquidación de delitos financieros, una agencia contra el lavado de dinero, o una unidad de inteligencia financiera (UIF), que poseen las destrezas investigativas necesarias para apoyar los casos de decomiso de activos NCB. Las agencias existentes pueden así prever los recursos investigativos para apoyar un sistema de decomiso de activos NCB sin necesidad de crear una nueva agencia.

En forma semejante, el procesamiento de casos de decomiso requiere pericia técnica y familiaridad con la legislación sobre el decomiso, que es irrealista esperar que posean todos los fiscales. Las jurisdicciones que utilizan efectivamente el decomiso de activos NCB suelen tener unidades especiales al interior de las oficinas de la fiscalía para manejar los asuntos de decomiso, lo que ha demostrado ser más efectivo que intentar capacitar a todos los fiscales en este campo especializado de la ley.

144 En la Ley antilavado de activos de 1999 de Tailandia, la sección 41 autoriza el establecimiento de una Oficina para el Antilavado de Activos como autoridad especializada: “Habrá una oficina de actividades contra el lavado de dinero... que tendrá poder de... 6) realizar otras funciones de acuerdo con las provisiones de esta u otras leyes”.

Recuadro 10.1 Equipos regionales de recuperación de activos (RART) en el Reino Unido

El propósito del equipo RART de Gales es maximizar las oportunidades de la Ley sobre Productos del Crimen y busca hacer contribuciones significativas a la reducción del crimen y asegurar la ejecución efectiva de la justicia, mediante:

- La constitución de la recuperación de activos por medio del decomiso como parte integral de la investigación penal.
- La utilización de poderes de decomiso de dinero.
- El incremento en las acciones para desestabilizar a quienes participan en el lavado de dinero.
- La remisión de casos adecuados a la Serious Organised Crime Agency, donde puedan aplicarse las provisiones civiles o tributarias.
- La maximización de oportunidades de inteligencia financiera.

Muchas jurisdicciones se esfuerzan por hacer del decomiso una parte rutinaria de toda investigación penal de los delitos para los que es posible el decomiso. Así, en jurisdicciones con agencias de ejecución de la ley bien capacitadas y capaces de efectuar investigaciones financieras, puede ser contraproducente limitar la investigación o proceso a un componente especializado como una policía especial o unidad de procesamiento. Las jurisdicciones deberían estudiar los distintos modelos y seleccionar el que funcione mejor para ellas.

CONCEPTO BÁSICO 28**Considerar la asignación de jueces y fiscales con pericia o capacitación especial en decomisos para manejar el decomiso de activos NCB.**

Claramente, deben existir los recursos suficientes en capacitación, financieros, materiales y humanos en todos los niveles para asegurar el manejo eficaz y eficiente de los casos de decomiso. Puede haber también circunstancias, en particular si un país no tiene pericia en el decomiso de activos NCB, en las que un país debería considerar dedicar jueces y fiscales específicos para los casos de decomiso (*ver* recuadro 10.2 para ejemplos de especialización en decomiso de activos NCB y penales). Aunque no sea necesario o apropiado en la mayoría de las jurisdicciones, existen ventajas al asignar jueces y fiscales especializados para los casos de decomiso de activos NCB. La especialización y capacitación pueden contribuir a asegurar que el sistema judicial y los fiscales estén preparados para manejar los casos de decomiso de activos NCB, que la ley se aplicará con uniformidad y que se desarrolle un cuerpo apropiado de ley de casos, hasta que se desarrolle con mayor amplitud la pericia en decomiso de activos NCB. La

Recuadro 10.2 *Experiencias de los países con jueces y fiscales anticorrupción especializados*

Colombia: Para atender la acumulación de casos, el Consejo Superior de la Judicatura ordenó a varios jueces atender exclusivamente procesos de decomiso. Estos jueces han adquirido bastante experiencia en el decomiso de activos NCB.

Reino Unido: Los casos de decomiso de activos NCB se asignaron inicialmente a una división particular de la Corte Suprema donde había jueces capacitados y contaban con la pericia especial. A la postre, al capacitarse más jueces y lograrse mayor experiencia, los casos pasaron a la Queens Bench Division.

Bangladesh: Existen “jueces especiales” que son asignados a casos de corrupción, aunque siguen formando parte del sistema judicial total.

Perú: Para abordar la corrupción de Montesinos y sus asociados, el gobierno estableció seis Cortes Anticorrupción (a nivel de juicios) y una Corte de Apelaciones. El Fiscal General nombró fiscales especializados y se designó una Oficina de Fiscalías *ad hoc* para los casos de alto perfil.

Indonesia: En el año 2003, el gobierno estableció una Corte de Crímenes Corruptos para acompañar a la Comisión de Erradicación de la Corrupción (KPK), una agencia con investigadores y fiscales especializados.

Estados Unidos: El Departamento de Justicia de los Estados Unidos tiene una unidad especializada, la Sección de Decomiso de Activos y Lavado de Dinero.

especialización puede ser útil también si existe un acopio de casos ante las cortes,¹⁴⁵ los jueces carecen de la pericia técnica para aplicar con competencia las leyes de decomiso del país, o la corrupción judicial es un obstáculo para el cumplimiento cabal.

La especialización conlleva costos que pueden ir más allá del alcance financiero u operativo de los países menos desarrollados. Una jurisdicción debe considerar un mecanismo apropiado de financiación para asegurar recursos financieros suficientes (*ver* concepto básico 30). Los salarios de los jueces no deben pagarse con los activos decomisados y tampoco deberían utilizarse para este propósito los activos incautados pendientes de decomiso, pues esto crea la apariencia de conflicto, si no real, de intereses. Sin embargo, los activos decomisados pueden financiar otros aspectos de la infraestructura de decomisos y judicial sin afectar la imparcialidad de los procesos.

145 Cuando las cortes se ven abrumadas con otros tipos de casos, los de decomiso pueden languidecer durante años. No sólo constituye un problema el retraso para el debido proceso, sino que puede producir la dispersión de los activos para gastos legales y de vida (*ver* concepto básico 22). Otra forma de atender el tema del acopio es estatuir procedimientos especiales de “vía rápida” que proporcionen límites de tiempo dentro de los cuales un juez tenga que dar el veredicto sobre los casos. La Ley 793 de 2002 de Colombia, artículos 13(9) y 13(10), establece límites de tiempo para veredictos judiciales, específicamente de 15 días en la primera instancia y de 30 en las apelaciones.

CONCEPTO BÁSICO 29

Debe existir un sistema para la planeación, mantenimiento y disposición de activos, previos al decomiso, que sea expedito y eficiente.

Crear un sistema de decomiso de activos NCB efectivo requiere no sólo la promulgación de una ley completa, sino también una infraestructura organizativa con el fin de hacer frente a la miríada de problemas prácticos que ocurren al manejar propiedades incautadas y confiscadas, que incluyen la custodia, almacenaje seguro, administración y disposición de dichas propiedades.¹⁴⁶ Al principio, un gobierno debe considerar qué organismo nacional será responsable de la administración de la propiedad implicada en el proceso de decomiso. Los deberes del administrador de los activos pueden ser complejos y requieren familiaridad con asuntos de la ley, finanzas, negocios y bienes raíces. El administrador deberá estar facultado para, entre otras responsabilidades, tomar posesión de los activos, administrarlos, contratar contratistas, consultores y otros expertos, contratar con empresas de corretaje e instalaciones de almacenaje, operar negocios, contratar y despedir empleados, invertir dinero e iniciar y defender litigios. Véanse los recuadros 10.3, 10.4 y 10.5 para ejemplos de lo que podría ser incautado y qué acciones pueden requerirse.

Un programa exitoso de decomisos debe incluir planeación previa a la incautación para considerar las acciones específicas que serán necesarias para custodiar la propiedad particular y analizar si la propiedad debe ante todo incautarse.¹⁴⁷ El gobierno de Colombia tiene una agencia dedicada con responsabilidad a la administración de activos en su Dirección Nacional de Estupeficientes. En un esfuerzo por desarrollar prácticas consistentes para tratar con tipos de activos que podrían plantear problemas

Recuadro 10.3 Prepararse para todos los tipos de incautación

Casas

Granjas de aficiones (por ejemplo, cocodrilos)

Artículos de coleccionistas

Centros de recreaciones de esquí

Avionetas, lanchas, automóviles

Hoteles

Granjas comerciales

Antigüedades

Vestuario falsificado

Fábricas

146 Para información sobre programas específicos de administración de activos, ver “Medidas de administración de activos en Tailandia” y “Administración de activos en Colombia”, en la parte C.

147 Ver “Guía de planeación previa a la incautación” en el apéndice VI; “Formulario de perfil financiero” en el apéndice IV y “lista de chequeo de investigaciones financieras”.

Recuadro 10.4 Ejemplos de administración de activos: Filipinas

Secciones 19-20, A.M. No. 05-11-04-SC, Regla de procedimiento en casos de decomiso civil, preservación de activos y congelación de productos de delitos de lavado de dinero

La *propiedad perecedera* propensa al deterioro o desproporcionadamente costosa de mantener puede venderse en cualquier etapa de los procesos y los productos de la venta depositarse de acuerdo con el veredicto final.

La *propiedad real* puede no incautarse físicamente o desalojar a sus ocupantes antes de la orden final de decomiso.

de mantenimiento o disposición e impedir demandas legales resultantes de la incautación y administración irregular de activos, la Fiscalía General de la Nación emitió una directiva titulada “Lineamientos de planeación previa a la incautación como parte de los procedimientos del decomiso de activos”, el 19 de octubre de 2007.¹⁴⁸ Una vez incautada la propiedad, debe valorarse y administrarse cuidadosamente de modo que se preserve su valor hasta la finalización del proceso de decomiso.

La administración y disposición efectiva de activos incautados y decomisados ha sido considerada por los países del G-8 y la Organización de los Estados Americanos (OEA). En 2005 el G-8 emitió sus “Buenas prácticas para la administración de activos decomisados” y los “principios y opciones para la disposición y transferencia de productos decomisados de la gran corrupción”.¹⁴⁹ En el año 2006, la OEA emitió regulaciones modelo con un artículo específico sobre la administración de activos incautados.¹⁵⁰ La guía del G-8 detalla los principios específicos que deben incorporarse en una ley sobre decomisos. Muchos de los principios se dirigen a operar un programa de decomiso con integridad, responsabilidad y transparencia (*ver* recuadro 10.5). Asimismo, los principios se centran en buenas prácticas de administración, como la planeación previa a la incautación, la preservación, y la venta anterior al decomiso de propiedad perecedera y depreciable. Como anota el G-8, “si bien el principal objetivo del decomiso es despojar a los delincuentes de sus ganancias mal habidas y los instrumentos que hacen posibles los crímenes, las buenas decisiones fiscales constituyen también un factor importante; activos, y no pasivos, deben ser incautados para el decomiso”.

148 Directiva No. 001 de 19 de octubre de 2007.

149 G-8 Lyon/Roma Group Criminal Legal Affaire Subgroup, “Best Practices for the Administration of Seized Assets” (abril 27, 2005); G-8 Asset recovery initiative, “Principles and Options for Disposition and Transfer of Confiscated Proceeds of Grand Corruption” (noviembre 9, 2005).

150 Reglamento Modelo de la OEA, artículo 7.

Recuadro 10.5 *Asegurar la integridad, responsabilidad y transparencia en un programa de decomisos*

Entre los principios que defiende el G-8 para la administración de activos incautados hay principios dirigidos a la integridad, responsabilidad y transparencia:

- Debe existir una clara separación de deberes de forma tal que ninguna persona tenga control completo sobre todos los aspectos del manejo de los activos.
- La administración debe someterse a un examen anual de auditores independientes.
- Nadie debe recibir beneficio personal o utilizar propiedad incautada para propósitos personales.
- Ninguna persona oficialmente responsable de la incautación de los activos debe recibir recompensa financiera relacionada con el valor de una incautación.



Incautaciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes de Colombia y la Oficina para el Antilavado de Activos de Tailandia. Fotos de avestruces, huevos y cocodrilos, cortesía del mayor general de la policía, Peeraphan Premabhuti. Villa foto cortesía de Clara Garrido.

Asimismo, la guía del G-8 estimula a los países a hacer uso de los sistemas de tecnología de información para administrar los activos. La agencia administradora debe tener responsabilidad y llevar un inventario preciso de todos los activos, registrar su paradero, valor, condición, y estado en el proceso de litigio, para beneficio no sólo del administrador de los activos sino también de la corte, el fiscal y los demandados. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, por medio de su agencia de administración de activos, el U.S. Marshalls Service, opera el Consolidated Assets Tracking System, que constituye su base de datos para administrar los más de US\$2.000 millones en activos que tiene bajo incautación en cualquier momento dado.

El Reglamento Modelo de la OEA sobre la administración de activos incautados considera muchas de las mismas preocupaciones que reconoció la guía del G-8. Además, el Reglamento Modelo de la OEA trata sobre el controvertido problema del uso oficial provisional de propiedad incautada y concluyen que los funcionarios del gobierno no deben utilizar la propiedad incautada, pero no decomisada aún. Una vez haya una orden final de decomiso, el Estado es libre de utilizar o disponer de la propiedad en cualquier forma provista por la ley, incluyendo dedicarla al uso de la ejecución de la ley. Utilizar la propiedad antes de la expedición de una orden de decomiso de la corte puede disminuir el valor de la propiedad y es inapropiado porque señala al público que la policía puede olímpicamente localizar y tomar propiedad y utilizarla sin el visto bueno de la corte. La OEA reconoce que puede haber ocasiones en que el uso provisional es inevitable y, en tales casos, debe haber estrictos controles sobre el propósito y límites de tiempo para dicho uso.

CONCEPTO BÁSICO 30

Establecer mecanismos para asegurar financiación previsible, continuada y adecuada para la operación de un programa eficaz de decomisos y limitar la interferencia política en las actividades de decomiso de activos.

Deben asignarse los recursos para todas las fases del proceso de decomiso de activos, incluyendo el rastreo, la congelación y el manejo de los activos decomisados. Los casos que incluyen la incautación de activos que requieren mantenimiento o negocios que requieren operación hasta que se complete el proceso de decomiso pueden ser muy costosos. Adicionalmente, en casos que incluyen crimen transnacional, existen otros gastos como los de viajes para entrevistar testigos, traducción de documentos y otros gastos de investigación relacionados. Para un programa exitoso de decomiso de activos es esencial cumplir requerimientos de recursos y por eso es esencial que las jurisdicciones establezcan mecanismos para asegurar financiación previsible y adecuada.

Desde una perspectiva de finanzas públicas, los programas del gobierno se financian mejor con el presupuesto general de modo que puedan asignarse los dineros disponibles de todas las fuentes a su uso de mayor prioridad. Los fondos decomisados se depositan en el tesoro general y se apropian los recursos para el cumplimiento de la ley a través del presupuesto general.

Infortunadamente, en muchas jurisdicciones las actividades de decomiso de activos no cuentan con suficiente financiación la mayor parte del tiempo, lo que puede deberse a dificultades para predecir el progreso y los resultados de las acciones de decomiso de activos, lo que da como resultado que las agencias subestimen sus requerimientos presupuestales. Dado que quienes toman las decisiones no tienen acceso a información sobre el potencial de la ejecución de la ley y los beneficios económicos de los casos en curso, no invierten lo suficiente en la ejecución de la ley en general y en los programas de decomiso en particular. En algunos casos, pueden en forma deliberada financiar en forma insuficiente las actividades de decomiso de activos para impedir las investigaciones o pueden utilizar su autoridad sobre los recursos para influir en estas actividades. Cuando la financiación de decomiso de activos es insuficiente, el potencial de decomisos como fuente de dineros públicos y como medio de disuasión no se realiza completamente y en algunos casos los beneficios económicos pueden perderse en su totalidad al deteriorarse los activos decomisados.

Puesto que un programa establecido de decomisos puede a menudo generar suficientes fondos para pagar los costos del programa y aun generar excedentes que la legislatura asigne a otras necesidades, las jurisdicciones han buscado resolver las preocupaciones anotadas antes y asegurar una financiación adecuada para el decomiso de activos estableciendo un fondo para esto. Los fondos para decomisos se establecen usualmente por medio de legislación específica que destina el total o parte de los productos del decomiso de activos a propósitos designados de cumplimiento de la ley para gastos relacionados con los casos y programáticos, incluyendo compra de equipos, capacitación, gastos de investigación, administración del proceso y la propiedad, y costos de liquidación. Los productos del decomiso de activos pueden asignarse también para otros gastos relacionados (*ver* recuadro 10.6). Asignar los productos del decomiso de activos a los esfuerzos del cumplimiento de la ley contribuye a garantizar que un programa sea autosostenible y, además, transmite un mensaje simbólico en la lucha contra el crimen y la corrupción cuando se utilizan los productos de los crímenes en contra de los mismos criminales.

Quizás el fondo de decomiso de mayor duración es el que administra el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que opera desde 1986 y sus depósitos anuales superan los US\$1.500 millones. En el recuadro 10.7 se relacionan los fondos operativos de otras jurisdicciones. Los fondos de decomiso de activos se han destacado particularmente en países en los que existe el tráfico de drogas en gran escala y el crimen organizado.

Recuadro 10.6 *Dificultades en la administración de activos: decomiso de una “empresa de pelea animal”*

En los Estados Unidos, el título 7 del Código de los Estados Unidos, sección 2156(f) prevé el decomiso de activos NCB de animales implicados en una “empresa de pelea animal”. Al ejecutar órdenes de búsqueda en una de las casas de un atleta profesional, los funcionarios de la ley incautaron varios artículos y equipos asociados con una empresa ilegal de peleas de perros, que incluía aproximadamente 53 *pit bulls*. Tales empresas incluyen el entrenamiento de los perros para las peleas y éstas generalmente duran hasta que muere el perro perdedor. Las apuestas en peleas, de perros son cosa común.

Se presentó un reclamo de decomiso de activos NCB antes de la acusación penal del delincuente y sus asociados. La parte fácil fue obtener la orden de incautación, pero el problema más difícil fue determinar qué hacer con los perros al ordenarse el decomiso. A diferencia de la mayoría de los estatutos de decomiso de EUA, que permiten al gobierno determinar la disposición de propiedad confiscada, el estatuto pertinente requiere que sea la corte la que determine la disposición. Los fiscales reconocieron que este sería un problema difícil y sensible para que lo determinase el juez, de modo que buscaron el nombramiento de un amaestrador especial para evaluar a los perros, su temperamento y su condición médica para establecer las opciones distintas a matarlos.

Costó aproximadamente US\$100.000 alojar y cuidar los perros por seis meses, pagar las evaluaciones médicas y de comportamiento, y cubrir los costos de un entrenador especial, y un profesor de la escuela de leyes especializado en derecho animal. Las pruebas establecieron que todos los perros, salvo uno, podían ser mantenidos con seguridad. El entrenador especial recomendó matar a uno de los perros que era demasiado agresivo para convivir con seres humanos u otros perros, y mantener algunos en un refugio animal donde no tuvieran contacto con el público; pero una tercera categoría de perros podía eventualmente ubicarse en hogares después de cumplir con ciertos criterios de comportamiento. El cuidado a largo plazo de los perros, especialmente el del refugio animal, se estimó en US\$20.000 por cada perro.

Estos costos de atención temporal fueron cubiertos por el Fondo de Decomiso de Activos y posteriormente el acusado acordó pagar una restitución a los Estados Unidos como parte de su acuerdo de petición de culpabilidad en el caso penal relacionado. Finalmente pagó cerca de US\$950.000 para reembolsar al Fondo de Decomiso de Activos los costos del cuidado temporal y los costos potenciales de las “donaciones” a las organizaciones que adoptasen los perros.

Al final, 50 perros fueron salvados de morir. Este éxito fue posible porque: 1) el estatuto de decomisos federales estipula el decomiso en casos de empresas de pelea animal; 2) el Fondo de Decomiso de Activos fue suficiente para cubrir los costos interinos de US\$100.000; y 3) los costos fueron finalmente trasladados al acusado, quien reembolsó al fondo por medio de restitución en el caso penal relacionado. Sin financiación ni provisiones estatutarias específicas adecuadas que permitiesen el decomiso, probablemente todos los perros habrían muerto.

Las 181 jurisdicciones del Global ALD/LFT (el GAFI, los miembros asociados, los demás FSRB y el OGBS) han recomendado los fondos de decomiso en las notas interpretativas de las Cuarenta Recomendaciones sobre Lavado de Dinero. Las notas interpretativas de la Recomendación 38 declaran: “Los países deberían considerar ... a) establecer un fondo de decomiso de activos en su respectivo país en el cual se

Recuadro 10.7 Fondos de decomiso de activos

<i>País</i>	<i>Nombre del fondo</i>	<i>Legislación que lo habilita</i>
Antigua y Barbuda	Fondo de Decomiso	Ley de Prevención sobre Lavado de Dinero de 1996 (Am 2001), sección 20A
Argentina	Fondo de Decomiso	Ley 25.246 de 2000, sección 27
Bahamas	Fondo de Activos Confiscados	Ley sobre Productos del Crimen de 2000, sección 52
Brasil	Fondo Nacional Antidrogas (Funad)	Ley 7560 de 1986
Canadá	Cuenta de Productos de Propiedades Incautadas	Ley sobre Administración de Propiedades Incautadas, S.C: 1993, c. 37, sección 13
Chile	Fondo Nacional para el Desarrollo Regional	Ley 19.366, artículo 28
Colombia	Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco)	Ley 333 de 1996, artículo 25 y Ley 793 de 2002, artículo 12
Costa Rica	Cuenta del Centro Nacional de Prevención de Drogas	Ley 7786, artículo 84
República Dominicana	Fondo del Consejo Nacional de Drogas	Ley 50 de 1988, artículo 76
Granada	Fondo de Activos Confiscados	Ley sobre Productos del Crimen de 2002, sección 57
Guernsey	Fondo de Activos Incautados-Drogas Fondo de Activos Incautados-Productos del Crimen	Sin provisión estatutaria
Guatemala	Fondo de Decomisos	Ley contra Actividades Relacionadas con Drogas, artículo 18
Haití	Fondo Especial para la Lucha contra las Drogas (para crímenes relacionados con drogas y lavado de dinero)	Control y Represión del Tráfico de Drogas, artículo 88
Israel	Fondo de Decomisos	Ley de Prohibición de Lavado de Dinero, sección 23; aplica la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas, sección 36H(a)
Luxemburgo	Fondo de lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Fondo de lucha contra el tráfico de estupefacientes)	Ley del 29 de enero de 1993
Paraguay	Fondo de Decomisos	Ley No. 1015 de 1996, artículo 37
Saint Kitts y Nevis San Vicente y Granadinas	Fondo de Activos Incautados	Ley sobre Productos del Crimen de 2000, sección 61
Sudáfrica	Cuenta de Recuperación de Activos Criminales (para decomisos penales y NCB)	Ley sobre Productos del Crimen de 2000, sección 58
Suiza	No tiene un fondo nacional; fondo en Ginebra (para delitos de narcóticos)	Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998, sección 63
Tailandia	Fondo para el Antilavado de Activos	Ley para el Antilavado de Activos de 1999 (Am No.2 2008)

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación recuadro 10.7)

<i>País</i>	<i>Nombre del fondo</i>	<i>Legislación que lo habilita</i>
Trinidad y Tobago	Fondo de Activos Incautados	Ley 55 de 2000, sección 58
Turku y Caicos	Fondo de Decomisos	Ordenanza sobre Productos del Crimen de 1998 (2007 Am)
Reino Unido	Un plan de decomiso de activos Sin provisión estatutaria	
Estados Unidos	Fondo de Decomisos del Departamento de Justicia	Título 28 del Código de los Estados Unidos, sección 524(c)

Países que no tienen fondo: México, Liechtenstein, Nigeria, Filipinas. En lugar de un fondo de decomisos, el gobierno de México distribuye los fondos confiscados, en partes iguales, a los ministerios responsables de la salud, el cumplimiento de la ley y el sistema judicial.

deposite el total o parte de la propiedad confiscada para el cumplimiento de la ley, salud, educación u otros propósitos apropiados...”. Este párrafo se reitera en el GAFI, “Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations” en el punto 38.4 de los Criterios Esenciales.¹⁵¹ Pueden encontrarse también provisiones para fondos de decomiso en la Legislación del Modelo de la Mancomunidad,¹⁵² el Reglamento Modelo de la OEA¹⁵³ y las “G-8 Best Practices for the Administration of Seized Assets”.¹⁵⁴

Aunque los fondos de decomiso de activos pueden proporcionar una fuente dedicada de rentas para el decomiso de activos la elección de este instrumento particular dependerá del contexto del país y debe tener en cuenta riesgos potenciales. Si la legislación de finanzas públicas prohíbe la destinación específica de las rentas y exige que todas las rentas y gastos se canalicen a través de una sola cuenta del tesoro, no constituye una opción el fondo de decomisos. Donde funcione un fondo de decomiso, quienes toman las decisiones pueden simplemente reducir la cantidad de fondos apropiados a través del presupuesto, dejando al programa de decomisos con poca o ninguna financiación adicional. Las rentas por incautaciones y los gastos en los casos no pueden sincronizarse, quedando el programa de decomisos con necesidad de

151 GAFI (Financial Action Task Force), “Methodology for Assessing Compliance with the GAFI 40 Recommendations and the GAFI 9 Special Recommendations” (GAFI/OCDE, París, 2006).

152 Commonwealth Model Legislation, Section 34.

153 OAS Model regulations, Article 7(1).

154 “G-8 Best Practices for the Administration of Seized Assets” (abril 27 de 2005), General Principle 4.

recursos para períodos extendidos seguidos de un enorme incremento en ellos que supera las necesidades inmediatas. El programa puede generar también incentivos que distorsionan las prioridades del cumplimiento de la ley, estimulando la búsqueda de casos que maximicen las rentas en lugar de los que plantean los mayores riesgos para la sociedad pero ofrecen pocas perspectivas de generar rentas. En el recuadro 10.8 se identifican posibles soluciones para algunos de estos problemas.

Consideraciones básicas para jurisdicciones que deciden establecer un fondo de decomisos se relacionan con el diseño de arreglos de administración financiera y la designación de rentas y gastos. Los arreglos de administración financiera deben asegurar que se utilicen los fondos en forma eficiente y transparente, respetando el marco de responsabilidad por todos los dineros públicos. Idealmente, el fondo de decomisos debería establecerse dentro del marco del sistema de la administración financiera pública, lo que requeriría el establecimiento de una cuenta especial del tesoro en el banco central en la cual se depositen los productos de los decomisos y se paguen los gastos designados. La aplicación de estos fondos seguiría los procedimientos pertinentes del presupuesto. Si los gastos del programa sobrepasan los recursos disponibles a través del fondo de decomisos, serán necesarias apropiaciones presupuestales

Recuadro 10.8 *Riesgos potenciales y soluciones en la administración del fondo de decomisos de activos*

<i>Riesgos potenciales</i>	<i>Soluciones</i>
Focalización impropia de individuos para propósitos de incautación de activos para beneficio personal o propósitos institucionales.	Supervisión a nivel superior sobre el inicio del caso y aprobaciones de incautaciones. Sin pago directo de salarios de investigadores y fiscales incluido en el proceso de incautación. Los salarios de los administradores de la propiedad, analistas y personal de apoyo se pagan apropiadamente con los recibos del fondo. Sin incentivos personales o recompensas por activos decomisados.
Abuso del fondo en jurisdicciones con débil administración financiera, especialmente en jurisdicciones con corrupción endémica.	Auditoría externa, información transparente, lineamientos de prácticas, informes estadísticos periódicos, todos disponibles públicamente.
Reducción de fondos apropiados en anticipación de rentas por decomiso.	La legislación que habilite el fondo de decomisos debe expresar que los activos confiscados se utilicen para <i>complementar</i> los fondos apropiados, y no <i>suplantarlos</i> (<i>reemplazarlos</i>).
La operación de un fondo impone costos adicionales al gobierno.	Un programa de decomisos adecuadamente financiado compensa los costos para el gobierno. Los beneficios adicionales de un fondo segregado incluyen una mejor fiscalización y mayor oportunidad de protección contra el abuso.

complementarias, que pueden considerarse por medio de revisiones del presupuesto y autorizaciones para gastos extraordinarios. Los gastos deben estar regulados por lineamientos y estar sujetos al reporte y la auditoría según se estipule para todos los gastos públicos. Además de estos arreglos financieros, el fondo de decomisos debería garantizar transparencia y responsabilidad mediante la publicación de informes periódicos –al menos anuales– sobre desempeño y estadísticos y su presentación a la legislatura para la revisión pública.

La legislación que cree el fondo de decomisos debería identificar el origen de los depósitos (por ejemplo, productos de la venta de propiedad confiscada, incluyendo liquidaciones, juicios de dinero, o participación de activos que ingresan de otras jurisdicciones), la agencia que tendrá la autoridad para administrar el fondo y la que tendrá la responsabilidad por la administración del programa. En algunos casos, el país podrá dividir en partes los depósitos de modo que sólo una parte se dirija al fondo de decomisos y una al tesoro general o al presupuesto nacional, o prever una transferencia del saldo del fondo de decomisos al presupuesto general. La ley debería designar también qué gastos pueden pagarse con el fondo de decomisos. Por ejemplo, podría haber gastos permisibles para los relacionados con el caso, la administración y disposición de la propiedad, honorarios de un receptor, apoderado, administrador u otros profesionales que asisten en la recuperación y liquidación de la propiedad, pagos de hipotecas y embargos contra la propiedad, y costos asociados con la administración del fondo de decomisos.¹⁵⁵ La ley puede contener también autoridad (sujeta a las regulaciones y la legislación de asistencia judicial mutua) para compartir la propiedad decomisada con los gobiernos extranjeros. Puede autorizar ventas prejudiciales como medio de limitar los gastos de administración de la propiedad (con los productos del fondo de decomisos hasta el resultado del caso; *ver* concepto básico 29). La legislación identifica cuándo pueden utilizarse los productos confiscados del fondo de decomisos para compensar a las víctimas del crimen (*ver* concepto básico 35).

155 El artículo 19 de la Ley 793 de Colombia expresa: “Los costos generados por los procesos de decomiso, como los generados por la administración de la propiedad en el Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y contra el Crimen Organizado serán pagados por los ingresos generados por los activos que hayan sido depositados en dicho fondo”. Como nota práctica, la ley no estipula un porcentaje, lo que significa que es necesario explicar cómo y por qué será asignado el dinero a cada año fiscal, haciendo que el sistema sea más dependiente de la voluntad política.

11

Cooperación internacional y recuperación de activos

CONCEPTO BÁSICO 31

Debe utilizarse una terminología correcta, particularmente cuando está presente la cooperación internacional.

La selección y definición de términos básicos son importantes en todos los aspectos de la legislación sobre el decomiso, pero son absolutamente primordiales en el contexto de la cooperación internacional. La experiencia pasada ha demostrado que el uso de algunos términos ha ocasionado significativas confusiones, retrasos, y aun la negativa de peticiones de asistencia judicial mutua. Estas confusiones se originan principalmente en diferencias en la terminología entre las jurisdicciones de derecho civil y común, y también en el hecho de que ciertos términos no tienen equivalentes en diferentes idiomas (por ejemplo, confiscación *vs.* decomiso).

Un ejemplo de esta terminología mal entendida es el de “decomiso civil”, término que muchas jurisdicciones de derecho común utilizan para describir lo que en esta guía se conoce como “decomiso de activos NCB”. Es el uso del término “civil” lo que ha sido particularmente problemático porque algunas jurisdicciones de derecho civil han igualado el decomiso civil con una “acción civil”, una acción de derecho privado a la que no se otorga la asistencia judicial mutua que sí se le otorga a una “acción penal” (*ver* recuadro 11.1). A esta confusión se agrega el hecho de que los estándares de prueba requeridos para el decomiso penal de activos y el decomiso de activos NCB difieren en las distintas jurisdicciones y que específicamente en algunas el decomiso penal requiere una condena penal –establecida sobre el estándar superior de “más allá de una duda razonable”– mientras el decomiso de activos NCB sólo requiere prueba del delito sobre el estándar inferior del “balance de probabilidades” (*ver también* concepto básico 14 sobre el estándar de prueba).

Sin embargo, yendo más allá de la terminología y rótulos a la sustancia de los procesos, es claro que un proceso de decomiso civil en una jurisdicción de derecho común puede ser muy similar a un proceso de decomiso de activos NCB en una jurisdicción de derecho civil. Algunas jurisdicciones de derecho civil tienen decomiso de activos

Recuadro 11.1 *Dos ejemplos de dificultades por terminología: ejecución de veredictos de decomiso “civil” en jurisdicciones de derecho civil*

Por apelación de un delincuente estadounidense que mantenía activos manchados en una jurisdicción de derecho civil, la corte superior de esa jurisdicción declaró que su gobierno no podía prestar asistencia a los Estados Unidos para una orden de decomiso contra productos de tráfico de drogas, aunque surgía de un asunto penal que produjo una condena penal, porque la orden de EUA estaba denominada como orden de decomiso “civil”, obtenida en un proceso de civil y no penal, que la corte declaró que no estaba cubierta por el tratado de asistencia judicial mutua entre los dos países.

...

En *A Company v. Federal Office of Justice* (EUA),^a la Corte Suprema de Suiza declaró que el nombre del proceso extranjero (decomiso “civil”) no sería determinativo en cuanto a si Suiza pudiese ofrecer asistencia a los Estados Unidos en un caso de decomiso de activos NCB. Al respaldar la capacidad de Suiza de congelar activos como respuesta a la petición, la corte declaró que puede haber circunstancias en las que un procedimiento de decomiso puede vincularse a un caso de “carácter penal” aun en ausencia de procesos penales.

a. 1A. 32612005, ATF 132 II 178.

NCB, pero existe bajo su código penal y se considera como un proceso “penal” al que se aplican las leyes del procedimiento penal. Estas jurisdicciones prevén asistencia en procesos de decomiso de activos NCB, incluyendo la congelación de activos, la obtención de registros bancarios y el cumplimiento de órdenes de decomiso extranjeras, con base en sus leyes locales de asistencia judicial mutua o en tratados bilaterales. Sin embargo, eso es usualmente bajo la condición previa de que el proceso extranjero sea penal, en el sentido de que el Estado actúa contra los activos y se cumplan ciertos estándares de procedimiento.

Para que la legislación de decomiso de activos NCB apoye la observancia forzosa universal de los veredictos, especialmente en la asistencia judicial mutua, es importante que las leyes sobre decomiso utilicen terminología que mejore y no frustre su cumplimiento fuera el país de origen. El uso del término “decomiso sin condena” para describir acciones *in rem* contra la propiedad es importante y puede evitar el problema de que un Estado extranjero no pueda hacer cumplir una orden de decomiso de otro Estado que, debido a la terminología, parece ser alguna otra cosa de lo que realmente es. Se recomienda que las jurisdicciones eviten utilizar el término “decomiso civil” si es posible, y utilizar el término “decomiso sin condena”, lo que debería contribuir a lograr una máxima asistencia judicial mutua, incluyendo la aplicabilidad, en algunas jurisdicciones primariamente de derecho civil.

El segundo campo de confusión, el hecho de que las definiciones de ciertos términos no tienen equivalentes en los distintos idiomas, se demuestra mejor con el uso

del término “decomiso” en algunas jurisdicciones y el de “confiscación” en otras (*ver* recuadro 11.2). El artículo 2(g) de la Uncac expresa que “la confiscación, que incluye el decomiso donde se aplique, significa la privación permanente de propiedad por orden de una corte u otra autoridad competente”. Esta misma definición se utilizó en la Convención de Viena, aunque se suministró explicación y clarificación adicional en el comentario de la Convención sobre la definición:

Se hace referencia a “decomiso” a fin de satisfacer las necesidades de algunos sistemas legales nacionales, en los que éste era un término más apropiado que “confiscación”. Las versiones española y francesa [de la Convención] no contienen la frase “que incluye el decomiso donde se aplique”, pues se estimó que los términos *confiscation* en francés y *decomiso* en español eran los únicos apropiados. Se destacó, en particular, que en español debe evitarse el uso del término *confiscación*.¹⁵⁶

Los países deberían utilizar el término más consistente con su sistema legal.

No obstante estas dificultades por la terminología, es importante que los países tengan presente que están obligados a prestarse entre sí la más amplia medida de cooperación y asistencia para la recuperación de activos.¹⁵⁷ Debe estimularse a los estados a los que se solicita la asistencia a evaluar en forma sustantiva la petición y a no centrarse en la terminología.¹⁵⁸ Sin embargo, puesto que esta buena práctica no siempre se sigue, los países solicitantes deberían invertir en la comprensión de la terminología adoptada en los países a los que dirigen sus peticiones de asistencia judicial mutua.

Recuadro 11.2 “Decomiso” versus “confiscación”

En México se prefiere el término “decomiso” y se refiere a los productos e instrumentos del crimen, mientras “confiscación” se refiere al total de activos de un individuo.

En Jersey, “decomiso” se relaciona con los instrumentos del crimen, mientras “confiscación” se relaciona con los productos del crimen.

156 Naciones Unidas, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), pp. 30-31.

157 Uncac, artículo 46; Untoc, artículo 18; Convención de Viena, artículo 7.

158 Para ejemplos en los que las cortes se han centrado en la sustancia y no han dependido de la terminología, véase “Ejecución de las órdenes de restricción basadas en las órdenes extranjeras de decomiso sin condena antes de la introducción de la legislación sobre el decomiso de activos NCB en Inglaterra y Gales y las dependencias de la corona”, en la Parte C. *Ver también* In re Al Zayat [2008] EWHC 315 (si la corte extranjera constituía una “autoridad foránea competente”).

CONCEPTO BÁSICO 32

Debe garantizarse la jurisdicción extraterritorial a las cortes.

Es necesaria la jurisdicción extraterritorial para que la corte alcance los activos ubicados en otra jurisdicción. La jurisdicción extraterritorial es la capacidad de una corte de ejercer jurisdicción sobre individuos o propiedades ubicadas fuera de los límites geográficos de la jurisdicción en la que se halla localizada la corte. Usualmente, tales leyes permiten el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial si se cumplen ciertas condiciones, como que los actos que dan lugar al decomiso ocurran dentro de la jurisdicción territorial de la corte y haya una conexión establecida entre la jurisdicción y los activos.¹⁵⁹

El otorgamiento de jurisdicción extraterritorial es también útil para permitir que un gobierno busque la restricción de los activos cuando se hallan ubicados en otra jurisdicción, aun cuando la restricción real o la ejecución estén regidas por la ley del Estado en el que se encuentran ubicados los activos (*ver* recuadro 11.3). En forma creciente, las jurisdicciones están promulgando leyes para tener capacidad de hacer cumplir órdenes extranjeras de restricción y decomiso.¹⁶⁰ Las provisiones de recuperación de activos de la Uncac, en particular los artículos 54, 55 y 57, contemplan que los países víctima puedan ejercer jurisdicción sobre los activos ubicados fuera de su jurisdicción física con base en el veredicto final de la jurisdicción solicitante.¹⁶¹ La capacidad del país víctima de obtener un veredicto

159 *Ver* título 28 del Código de los Estados Unidos, sección 1355(b)(2) y título 21 del mismo, sección 853(j) (establece jurisdicción sobre la propiedad “al margen de la ubicación de la propiedad”). *Ver también* la sección 6 de la Ley antilavado de activos de 1999 de Tailandia, que extiende la jurisdicción fuera del país como sigue: “quien cometa un delito de lavado de dinero, aun si es cometido fuera del Reino, recibirá la pena en el Reino, en los términos de esta Ley, si:

- 1) el delincuente o codelincuente es un ciudadano tai o reside en el Reino.
- 2) el delincuente es extranjero y ha ejercido acción para cometer un delito en el Reino o intenta obtener la consecuencia resultante de él en el Reino, o el Gobierno real Tai constituye parte perjudicada, o
- 3) el delincuente es un extranjero cuya acción se considera delito en el Estado en el que se cometió el delito bajo su jurisdicción, y si ese individuo aparece en el reino y no es extraditado según la Ley de Extradición, se aplicará *mutatis mutandis* la sección 10 del Código Penal.

160 Ley de Recuperación de Activos Civiles (Cooperación Internacional) de 2007 de Jersey.

161 Puede dispensarse el requisito del veredicto final por parte del Estado al que se ha presentado la petición (Uncac, artículo 57).

Recuadro 11.3 *Jurisdicción extraterritorial: aspectos de implementación en Suiza y Colombia*

En Suiza, la corte o el fiscal pueden decomisar activos ubicados en el exterior mientras exista una jurisdicción territorial para procesar el delito subyacente. Éste fue el veredicto del Tribunal Federal al interpretar el artículo 70, parágrafo 1 del Código Penal de Suiza, que ordena que “el juez ordenará el decomiso de activos que sean resultado de un delito”. Puesto que no existe restricción en la ley en cuanto a la ubicación de los activos, el tribunal declaró que es posible decomisar activos, aun si están ubicados en el exterior.^a

En Colombia, el juez no podía declarar decomiso de una suma significativa situada en una cuenta bancaria en Estados Unidos debido a la falta de autoridad de expedir una orden de decomiso en una jurisdicción diferente.

a. SJ 1986 (enero 31 de 1986).

de decomiso contra la propiedad en otra jurisdicción, y de la jurisdicción donde se encuentra ubicada la propiedad de ejecutar ese veredicto, facilita en gran medida la implementación de las provisiones de la devolución obligatoria de activos que incluyen los fondos malversados cubiertos por el artículo 57(3)(a). De modo que, para un sistema eficaz de recuperación de activos, es esencial que las cortes del país víctima tengan autoridad de expedir órdenes que afectan procesos de crímenes ubicados más allá de sus fronteras.

CONCEPTO BÁSICO 33

Los países deben tener autoridad para cumplir órdenes provisionales del extranjero.

Los tratados bilaterales sobre asistencia judicial mutua, como la Convención de Viena, la Untoc y la Uncac, requieren que los estados integrantes adopten medidas para prever la asistencia en la congelación e incautación de activos para el propósito de un eventual decomiso.¹⁶² Debido a la velocidad con que tales activos pueden pasar de una jurisdicción a otra, las peticiones usualmente implican circunstancias urgentes bajo las cuales es fundamental preservar los activos antes de que se dispersen u oculten (*ver* recuadro 11.4). Es importante que las jurisdicciones tengan una capacidad dinámica

162 Los países que ratificaron la Uncac tienen obligación de restringir e incautar activos a petición de otro país y permitir la ejecución de órdenes provisionales del extranjero. *Ver* Uncac, artículos 52, 54, 55.

de restringir activos confiscables y aceptar los hallazgos de la corte de la jurisdicción en la que tuvo lugar la actividad criminal subyacente.

Puesto que ejecutar una orden de una corte extranjera obvia la necesidad de iniciar procesos locales, se recomienda que las jurisdicciones provean el registro y ejecución de las órdenes extranjeras de restricción, inclusive las emitidas en un proceso extranjero de decomiso de activos NCB.¹⁶³ Con dicha provisión, una jurisdicción puede tratar tales órdenes como si fuesen emitidas por una corte local. Además de las eficiencias en tiempo, el registro conserva los recursos judiciales y procesales.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, de acuerdo con el título 28 del Código de los Estados Unidos, sección 2467(d)(3), las cortes federales están autorizadas para ejecutar una orden extranjera de restricción para preservar la propiedad en anticipo del recibo de una orden de decomiso extranjera ejecutable de la jurisdicción solicitante.¹⁶⁴ Al expedir tal orden de restricción, una corte de EUA puede contar con información de un testimonio “que presente una base razonable para creer que la propiedad que será restringida será nombrada en un juicio de decomiso”, o puede registrar y ejecutar una orden extranjera de restricción, la cual puede ser ejecutada si: 1) los Estados

Recuadro 11.4 Lista de contactos de punto focal StAR Interpol

Con el fin de asistir a los países desarrollados y en desarrollo en sus esfuerzos para recuperar activos robados, la Iniciativa StAR y la Interpol están trabajando conjuntamente para establecer una Lista de Contactos de Punto Focal 24/7 de funcionarios nacionales que podrían responder a peticiones de emergencia para la asistencia internacional, la cual será una lista mundial primera en su clase de funcionarios nacionales que se encuentren disponibles –24 horas al día, siete días a la semana– para ayudar a los países en casos de activos robados, en especial los que implican personas políticamente expuestas y soborno de funcionarios públicos. Para mayor información, ver apéndice III.

163 Jersey tiene provisiones que permiten al Procurador General prestar asistencia judicial mutua a otros países participantes en investigaciones de recuperación de activos NCB o procesos en tanto el Procurador General tenga bases razonables para sospechar que las evidencias son productos o instrumentos de conducta ilegal: Ley de Recuperación de Activos Civiles (Cooperación Internacional) de 2007 de Jersey, Parte 2. Existen provisiones también para órdenes de restricción, incluso órdenes *ex parte*, en la sección 6. Una orden de restricción de propiedad puede obtenerse si los procesos se instituyeron o se van a instituir, no se han concluido y existen bases razonables para que pueda expedirse una orden externa de decomiso de activos NCB.

164 Para ejemplos de peticiones y órdenes extranjeras de restricción, ver *In re Restraint of All Assets Held in the Name of Alain Gagnon*, e *In re Restraint of Assets Held in the Name of Mario Mariano Faro, Labcare and Supplies Corporation, and Mediscientific Corporation*.

Unidos y la jurisdicción extranjera en la que fue emitida la orden constituyen partes de un acuerdo internacional formal que prevé la asistencia mutua en el decomiso, 2) la orden de restricción fue emitida por una corte de la jurisdicción competente en la jurisdicción extranjera, 3) la violación de la ley extranjera que da lugar al decomiso constituye una violación o delito que daría lugar al decomiso si fuese cometida en los Estados Unidos, y 4) el Procurador General determina que es en interés de la justicia certificar la orden para su ejecución.

CONCEPTO BÁSICO 34

Los países deben tener autoridad de ejecutar órdenes extranjeras de decomiso y deberían promulgar legislación que maximice la aplicabilidad de sus veredictos en jurisdicciones extranjeras.

La facilidad y velocidad con las que los activos pueden transferirse de una jurisdicción a otra exigen que las leyes de decomiso sean tan ágiles como los criminales que generan los productos del crimen. Contar con una ley de decomiso de activos NCB es esencial para la capacidad de un país de recuperar productos criminales. Las provisiones fuertes de asistencia internacional le otorgan a las jurisdicciones capacidad de prever asistencia a otros países preservando los activos y ejecutando las órdenes extranjeras de decomiso (*ver* recuadros 10.5 y 10.6). Un sistema de decomisos que cumpla con la Uncac y otras convenciones pertinentes asegura en mejor forma la aplicabilidad de un veredicto de decomiso más allá de las fronteras de la jurisdicción solicitante.¹⁶⁵ En realidad, la obligación de devolución de la Uncac surge de la ejecución del veredicto final de decomiso de la jurisdicción solicitante por parte de la jurisdicción a la que fue solicitada.¹⁶⁶ De ahí que sea necesario que una jurisdicción tenga *tanto* la capacidad de obtener un veredicto de decomiso contra la propiedad ubicada fuera de sus fronteras cuando se trata del país solicitante, *como* la capacidad de ejecutar un veredicto de decomiso de otro país cuando es el país al que se presentó la petición.

Algunas jurisdicciones ejecutan un veredicto extranjero de decomiso literalmente (esto es, poniendo en efecto la orden extranjera de decomiso), lo que se conoce como

165 La Uncac, en los artículos 54 y 55 requiere que los estados integrantes reconozcan y ejecuten “al mayor grado que sea posible” las órdenes extranjeras de decomiso o lleven su propia petición para una orden local con base en la información suministrada por un Estado integrante. Otras convenciones contienen provisiones similares: Untoc, artículo 13; Convención de Viena, artículo 5.

166 Uncac, artículos 57(3) y 55(1). Otra forma de invocar la provisión de devolución obligatoria de activos según el artículo 57(3)(a) está de acuerdo con el artículo 55(1), por el cual la jurisdicción a la que se presentó la petición solicita y obtiene la orden de decomiso en adición a la petición de la jurisdicción solicitante.

Recuadro 11.5 *Temas de ejecución y soluciones legislativas*

Aunque la Ley para el antilavado de activos de Tailandia estipula autoridad para el decomiso de activos NCB, la cooperación internacional y la participación en los activos para casos extranjeros se limitan al decomiso *penal*.

Para resolver esto, la Oficina del Procurador General ha propuesto enmiendas a las leyes de asistencia judicial mutua que, de ser promulgadas, autorizarían a Tailandia a prever asistencia *tanto* en casos penales *como* en casos NCB, y así mismo autorizar la devolución de los activos y su compartimiento. Las enmiendas han sido aprobadas por el gabinete y están a la espera de aprobaciones adicionales.

“ejecución directa”. Al ejecutar un veredicto de decomiso de otra jurisdicción en lugar de procesar nuevamente la posibilidad de decomiso de los activos se conservan recursos y se permite que el proceso de decomiso tenga lugar en la jurisdicción como delito subyacente. Otra opción es la de que el gobierno extranjero “localice” la orden extranjera (esto es, emitir una petición de orden local con base en la información suministrada) y ejecute una orden extranjera de decomiso en nombre del país en que están ubicados los activos y que está ejecutando la orden.

Al proponer una ley que permita la ejecución de veredictos extranjeros de decomiso, es importante permitir la ejecución de veredictos extranjeros sobre dinero porque no todos los veredictos de decomiso se dirigen contra propiedad específica. Si los activos criminales se han gastado o no pueden localizarse, algunas jurisdicciones permiten la emisión de veredictos contra activos sustitutos o un veredicto sobre dinero (*ver* concepto básico 6). Adicionalmente, la ley debe permitir la ejecución de veredictos de decomiso de activos NCB.¹⁶⁷ La ley debería proponerse también para que se permita la ejecución de órdenes extranjeras de decomiso en casos en los que el gobierno que obtuvo la orden pueda desembolsar posteriormente los fondos recuperados a las víctimas del crimen (después de deducción de costos del gobierno asociados con el decomiso, la liquidación de la propiedad y la recuperación).

167 Cuando las leyes no hayan especificado que pueden ejecutarse veredictos NCB, las cortes sin decomiso de activos NCB han tenido que considerar si una orden de restricción o decomiso “penal” puede expedirse con base en una orden NCB. En el Reino Unido, la Isla de Man y Jersey –todas antes de la promulgación del decomiso de activos NCB en los respectivos países– las cortes reconocieron las órdenes NCB a pesar de la carencia de una referencia estatutaria expresa. Para una discusión más detallada sobre estos casos, *ver* “Ejecución de órdenes de restricción basadas en órdenes extranjeras de decomiso de activos NCB antes de la introducción de legislación sobre decomiso de activos NCB en Inglaterra, Gales y las dependencias de la Corona, en la Parte C.

Cuando una jurisdicción obtiene un veredicto de decomiso contra propiedad ubicada en otra jurisdicción, no puede simplemente ejecutar ese veredicto. Más bien, la jurisdicción solicitante debe remitir ese veredicto a la autoridad competente de la jurisdicción en donde está ubicada la propiedad, de acuerdo con una petición de asistencia judicial que persigue la ejecución del veredicto. El Estado al que se presentó la petición determinará si el veredicto de decomiso es válido para su ejecución según sus leyes locales.¹⁶⁸ Usualmente, el veredicto debe ser certificado por una corte y la jurisdicción solicitante deberá verificar que el veredicto es final y no se encuentra en apelación o, cuando no se haya presentado apelación, haya expirado el tiempo para presentarla.

La petición de asistencia judicial tiene que demostrar también que las partes interesadas tuvieron oportunidad de disputar la acción de decomiso. Por tanto, la petición debe confirmar que las partes interesadas: 1) recibieron notificación de los procesos de acuerdo con la ley local; 2) tuvieron oportunidad de participar en los procesos; y 3) participaron y sus esfuerzos no tuvieron éxito, o declinaron participar. Con respecto a la notificación, no siempre es posible garantizar que un delincuente que huyó haya recibido realmente la notificación de la acción de decomiso. Muchas jurisdicciones autorizan formas de notificación que son inferiores a la notificación real (como fijarla en la propiedad, enviarla a la última dirección conocida del propietario, a los parientes o a un fiscal y otras). El debido proceso requiere generalmente que se notifique en forma adecuada, aunque no necesariamente en forma real. La ley debe proponerse de tal manera que una forma alterna de notificación no constituya un obstáculo para la ejecución fuera de la jurisdicción de origen.¹⁶⁹ Es importante la atención cuidadosa al proponer los tipos de notificación, de modo que la jurisdicción ejecutora pueda determinar si la notificación fue adecuada bajo las circunstancias.

168 Alternativamente, el Estado que recibe la petición puede iniciar su propia investigación y proceso de delitos que ocurren dentro de su jurisdicción, como el lavado de dinero.

169 Por ejemplo, el título 28 del Código de los Estados Unidos, sección 2467(d) permite la ejecución de una orden extranjera de decomiso, la que prevé en su parte pertinente lo siguiente:

La corte de distrito expedirá dichas órdenes cuando sea necesario para ejecutar el veredicto a nombre de la nación extranjera a menos que la corte encuentre que:

- A) El veredicto fue emitido bajo un sistema en que los tribunales o procedimientos son incompatibles con los requerimientos del debido proceso de la ley;
- B) la corte extranjera carece de jurisdicción *persona* sobre el acusado;
- C) la corte extranjera carece de jurisdicción sobre la materia;
- D) la nación extranjera no dio los pasos, de acuerdo con los principios del debido proceso, para notificar de los procesos a una persona con interés en la propiedad de los procesos con el tiempo suficiente para poder defenderse; o
- E) el veredicto se obtuvo mediante fraude.

Recuadro 11.6 *Temas de ejecución: prohibiciones sobre propiedad extranjera*

En un caso en los Estados Unidos, el delincuente fue condenado por defraudar a su parroquia en más de US\$590.000. La mayoría de los fondos se habían transferido por cable a las Filipinas y fueron utilizados para adquisición de bienes raíces y se ordenó el decomiso de varias propiedades del delincuente; sin embargo, el gobierno de Filipinas, aunque con disposición de asistir en la ejecución, estaba bloqueado por la prohibición constitucional de que gobiernos extranjeros poseyeran bienes raíces.

Dado que este delincuente particular deseaba cooperar con los Estados Unidos, existían otras opciones disponibles que cumplían el mismo objetivo de liquidar la propiedad adquirida en forma ilegal para beneficio de las víctimas. Con el acuerdo del delincuente, la propiedad será vendida y el producto se transferirá por cable a una cuenta del gobierno de los Estados Unidos, lo cual no hubiera sido una opción si el delincuente se rehusara a cooperar.

La ley debería también detallar los procedimientos aplicables para la ejecución, como las defensas que se reconocerán y si al dueño de la propiedad se le permitirá en los procesos de ejecución cuestionar la decisión subyacente de posibilidad de decomiso. Algunas jurisdicciones impiden ese tipo de cuestionamiento con base en que el propietario de los activos habría tenido la oportunidad de hacer ese cuestionamiento en el país en que se emitió originalmente el veredicto. Si el gobierno “localiza” la orden extranjera, es evidente la necesidad de un acuerdo de participación en los activos de modo que la jurisdicción que produjo el veredicto de decomiso pueda recibir una parte de los productos una vez realizados (*ver* concepto básico 36).

CONCEPTO BÁSICO 35**El decomiso de activos NCB debe utilizarse para devolver la propiedad a las víctimas.**

Cualquier sistema de decomiso debe tener en cuenta los intereses de las víctimas del delito. Por ejemplo, una víctima de fraude entrega involuntariamente dinero a un defraudador, quien compra un auto o una casa con los fondos.¹⁷⁰ La víctima no posee ningún interés de posesión en la propiedad y, por tanto, no puede presentar una pretensión a dicha propiedad si ésta fuese objeto de decomiso. De hecho, permitir

170 Para este concepto básico y el propósito y alcance específico de esta guía, se utiliza el término “víctima” de forma que abarca todas las víctimas identificables (por ejemplo, individuos, empresas o países), lo que va más allá de la definición de la Uncac.

a todas las víctimas o acreedores no asegurados disputar un decomiso convertiría el caso de decomiso en un proceso de insolvencia. No obstante, aun cuando el dinero de la víctima no pueda ser rastreado directamente hasta los activos del delincuente, los gobiernos deben contar con la flexibilidad de permitir la restitución¹⁷¹ si la víctima está en capacidad de demostrar una pérdida.¹⁷² Una vez decomisados los activos del delincuente, el gobierno debe tener la autoridad legislativa para devolver los fondos decomisados a la(s) víctima(s) del delito que dio lugar al decomiso o, en algunos casos, a la(s) víctima(s) de delitos similares o relacionados. Ésta es una cuestión de justicia y está de acuerdo con los compromisos internacionales.¹⁷³

Al atender las recuperaciones para las víctimas en la ley, el modelo preferido es el de autorizar una distribución *pro rata* de los fondos recuperados. Cualquier otro plan de distribución recompensaría a quienes actúan con mayor rapidez o, fortuitamente, puedan ser capaces de rastrear sus pérdidas hasta la propiedad incautada cuando otras víctimas, usualmente implicadas antes, no pueden rastrear sus fondos.

La legislación sobre decomiso de activos NCB debería contemplar también el trato para las víctimas del extranjero. Por ejemplo, ocurre un fraude en un país en el que están ubicadas las víctimas, pero el delincuente transfiere los productos a otra jurisdicción. Si el país en el que está ubicada la propiedad no puede ejecutar un veredicto extranjero de decomiso y devolver los productos para su reembolso a las víctimas, éstas pueden quedar sin alivio a menos que presenten una demanda civil en la jurisdicción extranjera, lo que en la mayoría de los casos no es práctico.

171 Se utiliza el término “restitución” cuando existe una víctima identificable (por ejemplo, individuo, gobierno o empresa) y se expide una orden de restitución para colocar a la víctima en posición en que se encontraría de no ser por la acción impropia del delincuente.

172 En la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, la sección 301 estipula la liberación de dinero para las víctimas. La subsección (3) se relaciona con una persona que reclama que alguna parte o el total del dinero le pertenece legítimamente y fue despojado de él a través de conducta ilegal. Un ejemplo de esto sería una persona que reclama que el dinero le fue robado. Si la corte queda satisfecha, puede ordenar que el dinero del solicitante sea liberado para entregárselo a él. La subsección (4) se relaciona con el caso de cualquier otro propietario verdadero que no es la persona a quien se le incautó el dinero. Aquí, si la corte queda satisfecha, el dinero puede ser liberado, pero sólo si la persona a quien se le incautó no presenta objeción. *Ver también* la Legislación del Modelo de la Mancomunidad, sección 35(2).

173 El artículo 57(3) de la Uncac exige que los estados integrantes den consideración prioritaria a compensar a las víctimas del delito. *Ver también* Untoc, artículo 14, par. 2, que estipula que los estados integrantes otorguen consideración prioritaria a devolver los productos confiscados del crimen o la propiedad al Estado integrante solicitante, de modo que pueda efectuar la compensación a las víctimas del delito.

Los tratados internacionales regulan la devolución de activos a las víctimas, pero los métodos o provisiones varían dependiendo de los delitos subyacentes. Los principios recomendados para incluirse en las leyes sobre decomiso deben basarse en los siguientes compromisos:

- Untoc, artículo 14(2): ... Al actuar con base en una petición efectuada por otro Estado integrante, según el artículo 13 [de Untoc], los estados integrantes otorgarán, de acuerdo con el grado permitido por la ley local y si así se les solicita, consideración prioritaria a devolver los productos confiscados del crimen o la propiedad al Estado integrante solicitante de tal modo que éste pueda compensar a las víctimas del delito o devolver tales productos del crimen o propiedad a sus legítimos dueños.
- Uncac, artículo 57(3): El Estado integrante receptor de la petición devolverá ... en el caso de defraudación de fondos públicos o de lavado de fondos públicos defraudados... cuando fuere ejecutado el decomiso de acuerdo con el artículo 55 [de Uncac] y con base en un veredicto final en el Estado solicitante, requisito que puede ser dispensado por el Estado integrante solicitante, la propiedad confiscada al Estado integrante solicitante.
- Los estados integrantes de Uncac receptores de peticiones otorgarán, bajo ciertas circunstancias, consideración prioritaria a compensar directamente a las víctimas del crimen. Tales circunstancias pueden surgir por los delitos de corrupción mencionados en la Convención, con excepción para casos de defraudación (mencionados arriba) o casos en los que el Estado establezca propiedad o daños anteriores.¹⁷⁴ Los estados pueden considerar también los reclamos de dueños legítimos anteriores o de acuerdos entre los estados interesados al negociar estas circunstancias.¹⁷⁵
- “Los estados integrantes [de Uncac] pueden también otorgar consideración especial a concluir acuerdos o arreglos aceptables mutuamente, con base en cada caso, para la disposición final de la propiedad confiscada”.¹⁷⁶ Estos acuerdos podrían utilizarse para devolver los activos a las víctimas.

Un asunto relacionado, aunque por fuera del alcance de la legislación sobre decomiso de activos NCB, es el de los litigios privados o procesos civiles.¹⁷⁷ Con

174 Uncac, artículo 57(3)(a) y (b).

175 Uncac, artículo 57(3)(c).

176 Uncac, artículo 57(5).

177 Para una discusión de las opciones disponibles para el litigante privado, ver “Recuperación de productos de la corrupción en el Reino Unido: asistencia de ejecución de la ley y herramientas para el litigante privado”, en la parte C.

respecto a peticiones de descubrimiento relativos a la ubicación de los activos, éstas deben ser tan amplias como sea posible según las circunstancias de cada caso.¹⁷⁸

Las jurisdicciones deben asegurar que las víctimas tengan derecho a entablar procesos legales privados contra los responsables por el daño que hubiesen sufrido. En el contexto de delitos de corrupción, la Uncac requiere que los estados integrantes tomen medidas para asegurar que los individuos y entidades que hayan sufrido daños tengan derecho de entablar tales procesos legales.¹⁷⁹ Además, la Uncac permite a un Estado presentar una acción privada en las cortes civiles de la jurisdicción extranjera en la que se encuentren ubicados activos adquiridos corruptamente.¹⁸⁰

CONCEPTO BÁSICO 36

El gobierno debe estar autorizado para compartir activos con las jurisdicciones cooperantes o devolverlos a ellas.

Los países deben determinar qué hacer con los productos obtenidos mediante el decomiso. Si existen víctimas o dueños legítimos anteriores, deben devolverse los activos de acuerdo con las provisiones de la Uncac y la Untoc.¹⁸¹ Además, en casos de defraudación de fondos públicos o lavado de fondos públicos defraudados en los que se ha ejecutado una orden de decomiso por parte de la jurisdicción que mantiene los activos, la Uncac ordena la devolución de los activos.¹⁸² En todos esos casos, los estados integrantes pueden otorgar consideración a concluir acuerdos o arreglos

178 En *Banco Central del Paraguay v. Paraguay Humanitarian Foundation and John Tulac*, 1 Corte de Distrito Civil 9649 (JFK) de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York (enero 6 de 2005), el juez Keenan declaró:

...aun si la petición de descubrimiento es una indagatoria preliminar, esta corte reconoció hace mucho tiempo que “un *acreedor del veredicto* [cursivas añadidas] tiene derecho a pescar activos del deudor del veredicto”. *Capital Co. v. Fox*, 15 F. Supp. 677, 678 (S.D.N.Y. 1936). El Banco Central tiene derecho como acreedor del veredicto a una indagación muy amplia sobre la ubicación e identidad de los activos del Acusador Principal. Ver *British International Ins. Co.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7509 en 16 (notando que un acreedor del veredicto tiene “ordinariamente derecho a examen muy completo de un deudor del veredicto con respecto a sus activos, incluido el descubrimiento de la identidad y ubicación de cualquiera de los activos del deudor del veredicto, donde quiera se encuentren”)...

179 Uncac, artículo 35.

180 Uncac, artículo 53.

181 Uncac, artículo 57(3)(c); Untoc, artículo 14(2).

182 Uncac, artículo 57(3)(a).

Recuadro 11.7 Acuerdos sobre activos compartidos

Los países pueden acordar usos específicos para los fondos repatriados. Un ejemplo que incluye un decomiso de activos NCB es un acuerdo entre los Estados Unidos, Suiza y Kazajstán después de una acción contra US\$84.000 millones en una cuenta bancaria en Suiza. Los fondos estuvieron sujetos al decomiso de activos NCB como productos fáciles de seguir hasta el soborno de tres funcionarios superiores de Kazajstán por parte de un hombre de negocios estadounidense para obtener derechos de petróleo y gas en ese país.

El acuerdo estableció tres programas:

- Proyectos para beneficiar a niños pobres, administrado por la Bota Foundation, una organización no gubernamental de buena reputación, supervisada por el Banco Mundial.
- Un programa gubernamental a cinco años de Kazajstán para mejorar su administración financiera pública.
- Implementación de un plan de acción integral para la transparencia en las industrias del petróleo, gas y minería en Kazajstán, que formó parte de la Extractive Industry Transparency Initiative, una iniciativa a la que el Banco Mundial asistía para su implementación.

sobre la disposición final de los activos¹⁸³ y pueden deducir gastos razonables en que incurrieron para investigaciones, procesos o procedimientos judiciales.¹⁸⁴

En los casos en que no se ordena la devolución de los activos, la ley sobre decomiso de activos NCB debe autorizar al gobierno para compartir esos activos confiscados con las jurisdicciones que facilitaron el esfuerzo exitoso de decomiso (*ver* recuadro 11.7).¹⁸⁵ Varias convenciones de las Naciones Unidas estimulan los activos compartidos, incluidas la Convención de Viena,¹⁸⁶ la Convención Internacional para la Supresión del

183 Uncac, artículo 57(5) y Untoc, artículo 14(3). Algunos países devuelven los activos a las víctimas o dueños legítimos anteriores a través de legislación sobre participación.

184 Uncac, artículo 57(4).

185 Por ejemplo, la ley de activos compartidos de los Estados Unidos, título 21 del Código de los Estados Unidos, sección 881(e)(1)(E), estipula lo siguiente: “Cuando quiera que se decomise propiedad civil o penalmente bajo este subcapítulo, el Procurador General podrá... transferir la propiedad personal decomisada o los productos de la venta de cualquier propiedad personal o real decomisada a cualquier país extranjero que hubiese participado directa o indirectamente en la incautación o decomiso de la propiedad, si dicha transferencia i) ha sido acordada por el Secretario de Estado; ii) está autorizada por un acuerdo internacional entre los Estados Unidos y el país extranjero; y iii) se efectúa a un país que, si se aplica, ha sido certificado según la sección 2291j(b) del título 22”.

186 La Convención de Viena, en su artículo 5(5)(b)(ii) alienta a los estados integrantes a “otorgar consideración especial a concluir acuerdos sobre... compartir con otros integrantes

Financiamiento del Terrorismo,¹⁸⁷ y la Untoc.¹⁸⁸ Otros acuerdos multilaterales alientan a los estados integrantes a efectuar arreglos bilaterales sobre activos compartidos.¹⁸⁹ En algunos países la legislación sobre activos compartidos se utiliza para cumplir con los demás requisitos de tratados sobre devolución de activos, ya se trate de devolución a las víctimas o a dueños legítimos anteriores o en casos de corrupción.

Si el país en el que se encuentra ubicada la propiedad, al producirse el decomiso, retiene todos los productos decomisados al margen del esfuerzo realizado por el país que cooperó con el esfuerzo para el decomiso, o al margen del hecho de que los productos retenidos se generaron como resultado de un crimen cometido contra las leyes de otra jurisdicción, el resultado de tal sistema es recompensar a dichas jurisdicciones por servir como refugios de la riqueza criminal. Este resultado es contrario al espíritu de la cooperación global en la lucha contra los criminales internacionales.

Sin embargo, la participación recíproca en los activos promueve la cooperación internacional. Las jurisdicciones acuerdan compartir los resultados de un proceso exitoso de decomiso, al margen de dónde se encuentre la propiedad y al margen de qué país realice el decomiso. Sabiendo eso, al final, los resultados de un decomiso exitoso apoyan la lucha contra el crimen internacional y no recompensan a los países que lo refugian, alienta a las agencias a cooperar con sus equivalentes al otro lado de las fronteras.

con base en cada caso regularmente, tales productos o propiedades, o fondos derivados de la venta de dichos productos o propiedades, de acuerdo con su ley local, derecho administrativo, o acuerdos bilaterales o multilaterales efectuados para este propósito.

187 En la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, el artículo 8(3) expresa que “cada Estado integrante interesado puede otorgar consideración a concluir acuerdos sobre compartir con otros estados integrantes, con base en cada caso regularmente, los fondos derivados de los decomisos a los que se refiere el presente artículo”.

188 El artículo 13(9) de la Untoc expresa que “los estados integrantes considerarán la conclusión de tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional emprendida de acuerdo con el presente artículo”. El artículo 14(3) expresa que “al actuar sobre petición efectuada por otro Estado integrante de acuerdo con los artículos 12 y 13 de esta Convención, un Estado puede otorgar consideración especial a concluir acuerdos o arreglos sobre: ...b) compartir con otros estados integrantes, con base en cada caso regularmente, tales productos del crimen o propiedades, o fondos derivados de la venta de dichos productos del crimen o propiedades, de acuerdo con sus leyes o procedimientos administrativos locales”.

189 La Unodc fomentó el desarrollo de un “acuerdo bilateral modelo sobre la participación en los productos confiscados del crimen o la propiedad cubiertos por la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas de 1988”, que fue adoptado por la Asamblea General de la ONU como parte de la resolución sobre el Fortalecimiento de los Programas de las Naciones Unidas sobre la Prevención del crimen y la Justicia Penal (Resolución número A/RES/60/175) el 16 de diciembre de 2005.

Parte C

Contribuciones especiales

12

Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza

Yves Aeschlimann*

Antecedentes: el derecho penal en un sistema de derecho civil

El derecho penal es un asunto de derecho federal en Suiza. La fuente principal del derecho es el *Code Pénal*, o Código Penal de Suiza, adoptado en 1937. El derecho penal se basa en el *principe de la légalité* (principio de la legalidad), que significa que una persona puede ser declarada culpable sólo con base en un delito que se halle incluido en el Código penal. En latín, la expresión es *nullum crimen nulla poena sine lege* (si no hay delito, no hay castigo sin ley), lo que debe entenderse como un “muro protector” contra la arbitrariedad del poder judicial y le da poder al parlamento para decidir si un comportamiento constituye un delito y qué castigo debe darse al delincuente (sentencia de custodia u otra pena).

Actualmente, en Ginebra y las cortes federales, un fiscal dirige el proceso y el acusado puede elegir un abogado para su defensa. El magistrado investigador, junto con la fuerza de policía, maneja las investigaciones en el caso en cuestión. No constituyen partes en los procesos y se supone que son tan objetivos como sea posible. El magistrado investigador debe encontrar la verdad durante la investigación; debe investigar los hechos, hallar evidencia del delito y, si existe éste, debe intentar localizar al delincuente, acusarlo y arrestarlo, de ser necesario. Durante la investigación, si el delincuente es acusado puede recibir asistencia de un abogado, quien tiene que estar presente cuando quiera que un testigo o un experto presenten testimonio ante el magistrado investigador. Si el delincuente continúa siendo desconocido, pero existen procesos de un presunto delito, el magistrado investigador debe continuar la investigación para establecer que los activos son producto de un delito.

En el año 2011 dejará de existir la figura del magistrado investigador y será el fiscal quien quede a cargo de la investigación de principio a fin.

El decomiso según el Código Penal de Suiza

En Suiza existen el decomiso basado en la condena y el decomiso de activos sin condena (NCB). Ambos se basan en las mismas provisiones del Código Penal de Suiza, artículos

* Magistrado investigador, sección financiera, Ginebra, Suiza; escribiendo a título personal.

70 a 72 (ver recuadro 12.1) y se aplican las mismas para ambos. Específicamente con relación al decomiso de activos NCB, el artículo 70, parágrafo 1, expresa que “El juez ordenará el decomiso de activos resultante de un delito o que tuviera el propósito de inducir o recompensar al delincuente, siempre y cuando no se hayan devuelto a la parte perjudicada para restaurar sus derechos”. Así, el decomiso tiene lugar aun sin una condena.

Suiza aplica el estándar de prueba penal en todos los casos de decomiso y no el estándar de prueba civil del “balance de probabilidades” que se aplica en muchas jurisdicciones de derecho común. Este estándar penal se conoce como “convicción íntima” y significa que después de haberse presentado todos los cargos ante el juez, éste debe quedar “íntimamente convencido” de que los activos constituyen producto de un delito. Puede estarse profundamente convencido aun sin prueba, pero con una “acumulación de indicios” (*faisceau d'indices*) y, como sucede en otras jurisdicciones, el decomiso es una acción *in rem* y se entiende como una “medida” y no como un “castigo”.

En todos los casos, el proceso tiene que probar que ha existido un delito y que los activos constituyen producto del delito o tuvieron el propósito de utilizarse en la comisión de un delito penal o como pago del mismo.¹⁹⁰

El término “activos” debe entenderse en sentido amplio. Puede tratarse de objetos o valores, o cualquier clase de ventaja económica que pueda estimarse, sea por incremento en los activos o por disminución de las obligaciones.¹⁹¹

Para ser decomisados, los activos deben ser producto de un delito. Los productos pueden resultar de cualquier tipo de delito, en tanto esté presente en el Código Penal de Suiza o en cualquier otra provisión penal en otras leyes suizas (por ejemplo, la Ley Federal sobre narcóticos). Se entiende que los productos son producto directo del delito o activos que han sido adquiridos con producto del delito. Mientras se pueda localizar el origen de los productos, pueden ser decomisados (es decir, los activos deben estar vinculados al delito). Tan pronto deje de existir el vínculo, no es posible el decomiso. El fiscal podría entonces hacer petición de un “reclamo compensatorio” de acuerdo con el artículo 71, parágrafo 1 del Código Penal de Suiza.

El decomiso de activos requiere también que las autoridades suizas de justicia penal tengan jurisdicción para procesar el delito, con excepción de los productos de un delito

190 Existe una excepción para organizaciones criminales; véase Código Penal de Suiza, artículo 72. En este caso, el fiscal tendrá que probar la existencia de una organización criminal y que la organización tiene poder de disponer de los activos. No es necesario probar que ha existido un delito específico y que los activos constituyen producto de éste.

191 FF 1993 II 2999, No. 223.1.

Recuadro 12.1 *Decomiso de activos en Suiza*

Código Penal de Suiza, artículos 70-72

Artículo 70

1. El juez ordenará el decomiso de activos resultantes de un delito o con los que se intentó inducir o compensar al delincuente, siempre y cuando no se hayan devuelto a la parte perjudicada para restaurar sus derechos.
2. El decomiso no se ordena cuando un tercero haya adquirido los activos sin conocimiento de los hechos que lo habrían justificado y en tanto haya dado un valor compensatorio adecuado o si se demuestra que el decomiso es demasiado gravoso en su caso.
3. El derecho de ordenar el decomiso de activos está sujeto a un período de prescripción de siete años, a menos que el proceso del delito en cuestión esté sujeto a un período prescrito mayor que será entonces el que se aplicará.
4. La orden de decomiso está sujeta a un anuncio oficial. Los reclamos de partes perjudicadas o terceras partes expiran cinco años después del anuncio oficial del decomiso.
5. Si el monto de los activos sujetos a decomiso no puede determinarse con precisión o si dicha determinación demanda gastos desproporcionados, el juez podrá estimar el monto.

Artículo 71

1. Donde los activos que se van a decomisar no estén disponibles, el juez ordenará un reclamo compensatorio a favor del Estado por un monto equivalente. Puede otorgarse contra una tercera parte sólo si no se cumplen las condiciones fijadas por el parágrafo 2 del artículo 70.
2. El juez puede dispensar el reclamo compensatorio en todo o en parte si es probable que no se recupere o que impida seriamente la rehabilitación de la persona interesada.
3. La autoridad investigadora puede secuestrar parte de la propiedad de la persona interesada con el fin de asegurar el cumplimiento del reclamo de compensación. El secuestro no crea un derecho preferencial a favor del Estado al ejecutarse el reclamo compensatorio.

Artículo 72

El juez ordenará el decomiso de todos los activos sobre los que tenga poder o disposición una organización criminal. Los activos pertenecientes a una persona que haya participado en una organización criminal o la haya apoyado (artículo 260^{ter}) se presumen a disposición de la organización hasta tanto se demuestre lo contrario.

Artículo 260^{ter}.

1. Quien participe en una organización, cuya estructura y composición se mantiene en secreto y que tiene la intención de cometer crímenes de violencia o asegurar beneficio financiero mediante medios criminales, o quien apoye a dicha organización en sus actividades criminales, será castigado con sentencia de custodia no mayor de cinco años o con sanción monetaria.
2. El juez tendrá la discreción para mitigar la pena impuesta (art. 48a) en el evento de que el delincuente realice un esfuerzo para hacer fracasar las actividades criminales de la organización.
3. Las anteriores penalidades se aplicarán también a cualquier persona que cometa el delito fuera de Suiza siempre que la organización realice o intente realizar sus actividades criminales en todo o en parte en Suiza. Se aplicará el art. 3(1) par. 2.

(Continúa en la página siguiente)

(Continuación recuadro 12.1)

Ley Federal sobre Asistencia judicial Mutua en Asuntos Criminales (IMAC), artículo 74a

A petición, los objetos o activos sujetos a incautación precautelada pueden ser traspasados a la autoridad extranjera competente después de la conclusión del proceso de asistencia mutua (art. 80d) para el propósito de decomiso o devolución a la persona facultada.

1. Los objetos o activos a los que se refiere el parágrafo 1 incluyen:
 - a. instrumentos que sirvieron para cometer el delito;
 - b. productos o beneficios del delito, su valor de reemplazo y una ventaja ilícita;
 - c. regalos y otras contribuciones que sirvieron para instigar el delito o recompensar al delincuente, como también su valor de reemplazo;
2. El traspaso puede realizarse en cualquier etapa del proceso extranjero, como regla basado en una orden final y ejecutable del Estado peticionante.
3. No obstante, los objetos o activos pueden ser retenidos en Suiza si:
 - a. la víctima tiene su residencia habitual en Suiza y le han sido devueltos;
 - b. una autoridad afirma sus derechos sobre ellos;
 - c. una persona no implicada en el delito y cuyos reclamos no están garantizados por el Estado peticionante demuestra causa probable de que ha adquirido derechos sobre estos objetos y activos de buena fe en Suiza, o si tiene residencia habitual en Suiza, en un país extranjero; o
 - d. los objetos o activos son necesarios para un proceso penal pendiente en Suiza o parecen, por su naturaleza, estar sujetos al decomiso en Suiza.
4. Cuando alguien reclame tener derechos sobre los objetos o activos según el parágrafo 4, su traspaso al Estado peticionante será suspendido hasta tanto se aclare la situación legal. Los objetos o activos reclamados podrán ser traspasados a la persona facultada si:
 - a. el Estado peticionante está de acuerdo;
 - b. en el caso del parágrafo 4, literal b, la autoridad otorga su consentimiento; o
 - c. el reclamo ha sido reconocido por una corte suiza.
5. El artículo 60 se aplicará a embargos fiscales.

sobre narcóticos.¹⁹² La jurisdicción se establece cuando la ofensa se comete en todo o en parte en territorio suizo o si el delincuente o la víctima son ciudadanos suizos. Se estima que un delito fue cometido en el lugar en que el delincuente cometió el acto y en el lugar donde ocurrió el resultado.¹⁹³

Puesto que el decomiso es una medida *in rem*, puede decidirse al margen de quién sea el dueño actual de los activos, aun si éste no está implicado en el delito penal.¹⁹⁴

192 De acuerdo con la Ley federal sobre Narcóticos de Suiza, artículo 24, pueden ser decomisados los activos aun cuando las autoridades suizas de justicia penal no tengan jurisdicción para procesar el delito.

193 Código Penal de Suiza, artículos 3-7.

194 FF 1993 III 300, No. 223.3.

Si los activos han sido transferidos a un tercero, éste será responsable sobre el decomiso o se le ordenará pagar una cantidad compensatoria, a menos que haya adquirido los activos sin conocimiento de los hechos que habrían justificado el decomiso y hasta el grado en que haya pagado un valor adecuado, o si se demuestra que el decomiso es excesivamente gravoso en este caso (artículo 70, par. 2, Código Penal de Suiza).

Debido a este procedimiento de decomiso específico, no hay lugar en el sistema suizo para el decomiso de activos NCB basado en el procedimiento civil, en el que un fiscal pudiese actuar sólo como una persona privada y presentar un reclamo por los activos. Existe una posibilidad para que la víctima de un delito presente un reclamo a través de acción civil, generalmente basada en la obligación Aquileana del delincuente o su obligación contractual. Pero en tales acciones, habrá un defensor, de modo que no existe una analogía para el “decomiso civil”.

Asistencia judicial mutua (MLA) para el decomiso de activos NCB

En Suiza, la cooperación internacional en asuntos penales se orienta por los principios de reciprocidad, criminalidad dual, especialidad y proporcionalidad en el cumplimiento de cualquier petición de MLA. Ésta opera según tres sistemas concurrentes: convenciones internacionales, tratados bilaterales y la ley local.

Los procedimientos de MLA para el decomiso de activos NCB se presentan en la Ley Federal sobre Asistencia Mutua en Asuntos Criminales (IMAC). De acuerdo con la IMAC, las autoridades suizas pueden, como regla general, a petición de una autoridad extranjera, traspasar los activos restringidos o devolverlos a la persona facultada en ejecución de una decisión de una corte extranjera.¹⁹⁵ Los activos que pueden ser traspasados son los productos de un crimen, su valor de reemplazo,¹⁹⁶ o contribuciones que sirvieron para instigar el delito o recompensar al delincuente.¹⁹⁷ No existe requisito de que una persona sea condenada finalmente por el delito en el Estado peticionante o en otro lugar. Cuando el retorno del activo se basa en una decisión extranjera en vigencia, la decisión extranjera será determinativa de si los activos que deben ser restituidos son productos del crimen.¹⁹⁸

Los activos pueden ser retenidos en Suiza si:

- La víctima reside en Suiza y los activos tienen que ser devueltos a la víctima.
- Una autoridad afirma derechos sobre los activos.

195 IMAC (Suiza), artículo 74a, par. 1.

196 No debe entenderse como un activo sustituto, porque para un valor de reemplazo tiene todavía que existir el vínculo entre el delito y el valor (senda de papel).

197 IMAC (Suiza), artículo 74a, par. 2.

198 ATF 131 II 169 consid. 6, p. 175.

- Una persona no implicada en el delito y cuyos reclamos no están garantizados por el Estado peticionante demuestra en forma convincente que ha adquirido derechos sobre los activos de buena fe en Suiza o, si reside en Suiza, en un país extranjero.
- Los objetos o activos son necesarios para procesos penales pendientes en Suiza o sea probable, por su naturaleza, que estén sujetos al decomiso en Suiza.¹⁹⁹

Según el párrafo 5 del artículo 74a de la IMAC, si alguien reclama tener derechos sobre los activos según el párrafo 4, el traspaso a la jurisdicción peticionante se suspende hasta aclararse la situación legal y los objetos o activos reclamados pueden ser traspasados a la persona facultada si:

- El Estado peticionante está de acuerdo con él.
- En el caso del párrafo 4(b), la autoridad da su consentimiento.
- El reclamo ha sido reconocido por una corte suiza.

Las reglas de la IMAC para la MLA se aplican al artículo 72 del Código Penal de Suiza, según lo determinó la Corte Suprema Federal en el caso contra el general Sani Abacha de Nigeria.²⁰⁰

Devolución de activos con base en un veredicto de valor monetario

Cuando se haya dispuesto de los productos criminales sujetos a decomiso, el juez puede ordenar un pago compensatorio equivalente llamado “veredicto de valor monetario”. La Corte Suprema Federal ha declarado que no es posible devolver los activos a una jurisdicción extranjera con base en un veredicto de valor monetario porque no existe nexo entre el crimen y los activos.²⁰¹ Asimismo, devolver los activos que no se han vinculado a un delito permitiría a la jurisdicción extranjera soslayar el procedimiento usual para el cumplimiento de reclamos compensatorios locales emitido según el artículo 71, par. 3 del Código Penal de Suiza, lo que requiere el cumplimiento del veredicto de acuerdo con la Ley Federal sobre Cobro de Deudas y Quiebra de Suiza y, si es necesario, validación mediante acción civil de acuerdo la Ley sobre Procedimiento Civil, como para cualquier otro acreedor privado.

Para ejecutar un veredicto de valor monetario, la jurisdicción peticionante debería solicitar un procedimiento *exequator* basado en el artículo 94 de la IMAC. El proce-

199 IMAC (Suiza), artículo 74a, par. 4.

200 ATF 131 II 169.

201 ATF 133 IV 215; ATF 129 II 453.

dimiento es complejo y parece ser que se no se ha utilizado.²⁰² No obstante, si dicho procedimiento se efectuó y si el veredicto de valor monetario extranjero fue ejecutado, el Estado peticionante podría seguir entonces el procedimiento usual para el cumplimiento de un veredicto (como se mencionó arriba).

Puede haber circunstancias en las que la terminología utilizada por la jurisdicción extranjera no está de acuerdo con la terminología suiza. Por ejemplo, el veredicto puede haberse denominado “veredicto de valor monetario” aun cuando sea posible mostrar el nexo entre el crimen y los activos. En estos casos, la jurisdicción debería seguir el procedimiento de decomiso de activos NCB del artículo 74a de la IMAC en lugar del procedimiento sugerido para veredictos de valor monetario del artículo 94 de la IMAC. Las autoridades suizas no están limitadas por la terminología y se fijan en el significado de los términos.

Devolución de activos con base en el decomiso de activos NCB

Como se indicó antes, el sistema suizo de decomiso penal no requiere una condena para decomisar los productos de un crimen y tampoco las autoridades suizas requieren una condena para asistir a una jurisdicción extranjera. Sin embargo, la cooperación judicial penal sólo puede otorgarse cuando el Estado peticionante está manejando un proceso penal.²⁰³ Esto no significa que deba existir una acusación, pero tiene que haber una investigación penal en curso. Además, la cooperación judicial penal no puede utilizarse para procesos civiles.²⁰⁴

La Corte Suprema Federal trató el problema de la cooperación judicial penal en el decomiso de activos NCB en el caso de *A_Company v. Federal Office of Justice*.²⁰⁵ En ese caso, el Estado peticionante (los Estados Unidos) pretendía un caso de decomiso de activos NCB sin intención, en ese momento, de iniciar procesos penales. Con base en el decomiso de activos NCB, los Estados Unidos solicitaron a Suiza estados bancarios de cuentas. La Corte Suprema Federal examinó si el decomiso de activos NCB podría ser análogo a procesos penales y resolvió la cuestión según los principios legales suizos, estableciendo que la terminología utilizada por los Estados Unidos no sería limitante.

Al llegar a su decisión, la Corte Suprema Federal resumió los procesos penales y de decomiso de activos NCB en los Estados Unidos, como también el sistema de decomiso penal en Suiza (*in rem*). La corte halló que las medidas de decomiso en los sistemas

202 Por ejemplo, el juez competente para el cumplimiento del veredicto extranjero puede variar dependiendo de la ley de procedimientos del cantón.

203 ATF 126 II 258.

204 ATF 113 Ib 257 consid. 5 p. 270.

205 ATF 132 II 178.

de Suiza y Estados Unidos constituyen herramientas para combatir la criminalidad, es decir, respaldar el concepto de que “el crimen no paga”. Ambas son medidas *in rem* en las que la culpabilidad del delincuente no tiene que ser examinada. Además, cuando el procedimiento de decomiso se inicia independientemente de los procesos penales del delincuente, no puede invocarse la presunción de inocencia.

La Corte Suprema Federal declaró que el procedimiento de decomiso de activos NCB en los Estados Unidos era suficientemente similar a los procedimientos de incautación de “caso penal” según la ley suiza (la IMAC). Sin embargo, la corte añadió que el Estado peticionante tiene que tener jurisdicción para castigar, aun si las autoridades no intentan en realidad ejercerla. Sobre este punto, hubo evidencia insuficiente en el expediente y el caso fue devuelto a la Oficina Central para solicitar a los Estados Unidos la información requerida relacionada a la jurisdicción penal de las autoridades estadounidenses.

Este caso subraya el principio de que al solicitarse asistencia en un caso de cooperación judicial penal, la autoridad no debería limitar su análisis a la terminología utilizada por el Estado peticionante, sino, más bien, debería examinar si la cooperación cumple los requerimientos legales.

13

Recuperación de productos de la corrupción en el Reino Unido: asistencia en el cumplimiento de la ley y herramientas para el litigante privado

El crimen organizado y los funcionarios corruptos son audaces en su accionar. Muchos se infiltran o conforman redes de negocios internacionales, consorcios familiares y utilizan sus ganancias mal habidas para invertir o comprar otros instrumentos financieros, acumulando, por ejemplo, propiedad real y depositando dinero ya a su propio nombre o a nombre de familiares o asociados.

En el campo de las finanzas internacionales, Londres exporta unas £19.000 millones (aproximadamente US\$26.900 millones) más de los que importa en servicios financieros y apoya una industria que genera aproximadamente el 8,5% de la economía del RU y un millón de empleos.²⁰⁶ No es sorprendente, por tanto, que en la misma forma en que el Reino Unido atrae negocios legítimos, es también objetivo del crimen organizado y los funcionarios corruptos. Además de su reputación de innovador, el sector financiero del RU cuenta con una reputación internacional de integridad y negocios justos.²⁰⁷ Para cumplir sus compromisos con los estándares y acuerdos internacionales y de salvaguardar la prosperidad y seguridad del Reino Unido para el futuro, el gobierno ha desarrollado una estrategia para acometer el crimen y el terrorismo, que se encuentra en *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007) y parte de esa estrategia incluye el compromiso con socios internacionales.

El Reino Unido ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Uncac) y de conformidad con sus obligaciones con esa convención, tiene tanto el sistema de decomiso basado en la condena como el de decomiso de activos NCB bajo los cuales los estados extranjeros pueden solicitar asistencia judicial mutua. Sin embargo, estas vías no son adecuadas o no están disponibles en cada caso. Por ejemplo, puede no ser posible un proceso penal porque el funcionario corrupto haya muerto

206 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 5.

207 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 3.

o haya huido de la jurisdicción, o porque el país de origen no tenga decomiso basado en condena o decomiso de activos NCB.

Existen varias maneras en las que un Estado extranjero puede buscar recuperar los productos de la corrupción en el Reino Unido. Dependiendo de las circunstancias, esto puede ser con la asistencia de la agencia del cumplimiento de la ley del RU o que un Estado inicie proceso en las cortes civiles de Inglaterra y Gales (la corte) como litigante privado. Esta contribución especial proporciona un breve resumen de la asistencia que el Reino Unido puede prestar a un Estado extranjero, seguida de una visión general de los poderes que se encuentran a disposición de un litigante privado que utilice las cortes civiles.

La asistencia del cumplimiento de la ley del RU

Al tratar de localizar el origen, congelar y recuperar las ganancias ilícitas de un funcionario corrupto que se haya encontrado se están lavando o hayan sido lavadas a través del Reino Unido, un Estado extranjero puede realizar una de las siguientes actividades:

- Invocar el mecanismo de asistencia judicial mutua y trabajar con la agencia de ejecución de la ley del RU, por medio de:
 - la restricción de activos²⁰⁸ (durante una investigación penal) y habiendo obtenido una condena penal en Estado extranjero, ejecutar su propia orden en Inglaterra y Gales;²⁰⁹ o
 - congelar activos y habiendo obtenido una orden de recuperación de decomiso de activos NCB o basado en la condena, dar efecto a esa orden por medio de una orden de decomiso de activos NCB en Inglaterra y Gales (conocida en el Reino Unido como recuperación civil).²¹⁰

208 Las peticiones pasarán a través de la United Kingdom Central Authority (con excepción de las peticiones que buscan el cumplimiento vía NCB, que deben ir a través de la Alta Corte de Inglaterra y Gales), que la pasa a una agencia apropiada de ejecución de la ley, como la Serious Organised Crime Agency (SOCA, Agencia contra formas graves de delincuencia organizada), el Crown Prosecution Service (CPS, Servicio de Procesos de la Corona), Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC, Rentas y Aduanas de Su Majestad), o la Serious Fraude Office (SFO, Oficina de Fraudes Graves o Complejos).

209 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, Parte 11 y Order in Council 2005/3181, Partes 2, 3 y 4 referentes a la cooperación en el reconocimiento y ejecución de órdenes extranjeras de recuperación de activos basada en la condena.

210 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, Parte 11 y Order in Council 2005/3181, Parte 5 referentes a la cooperación en el reconocimiento y ejecución de órdenes extranjeras de recuperación de activos NCB.

- Invitar a una agencia de ejecución de la ley del RU a adoptar el caso para investigación con miras a presentar en Inglaterra y Gales:
 - un proceso penal en el Reino Unido (si es factible) y si se obtiene una condena, buscar una orden de decomiso penal;
 - detención y decomiso de dinero (si es aplicable); o
 - procesos de decomiso de activos NCB (recuperación civil) y buscar una orden de recuperación civil.

Si se obtiene una orden de decomiso penal, puede emitirse también una orden de compensación (a favor de una víctima) en el mismo caso. Un Estado extranjero puede también, por tanto, intervenir en procesos de decomiso penal y buscar una orden de compensación. Ésta requiere que el acusado pague de vuelta el valor del beneficio de un crimen dado (los productos).²¹¹ Si los fondos para satisfacer una orden de decomiso penal y una orden de compensación son insuficientes, la corte puede requerir que se utilice una proporción de los activos realizados bajo la orden de decomiso penal para descargar la orden de compensación.²¹² Una consideración pormenorizada de este campo queda fuera del alcance de esta contribución.

En procesos para el decomiso de activos NCB, el verdadero dueño de la propiedad está facultado para buscar una declaración de la corte civil de que tiene un reclamo válido a la propiedad (o propiedad que representa) por haber sido despojado de ella ilegalmente.²¹³

Si una orden de decomiso basado en condena o una orden de decomiso de activos NCB se registran y ejecutan en Inglaterra, la propiedad recuperada (o el equivalente monetario) no se transmite automáticamente al Estado extranjero y la corte inglesa no tiene poder para remitir la propiedad a la jurisdicción extranjera. En cambio, los productos de la propiedad recuperada (o el equivalente monetario) se colocan en el U.K. Government's Consolidated Fund (Fondo Consolidado del Gobierno del RU). Algunos países han entrado en acuerdos de activos compartidos con el Reino Unido

211 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 6, y *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 24. En procesos de decomiso no es necesario vincular un crimen particular con un beneficio particular. Por tanto, la corte puede asumir que todas las propiedades del acusado mantenidas durante los seis años anteriores constituyen productos del crimen. Esto se conoce como la opción de "decomiso de conducta criminal general". Con anterioridad a la emisión de la orden de decomiso puede obtenerse una orden de restricción de la corte con el fin de impedir la dispersión de los activos que podrán necesitar venderse más tarde para satisfacer la orden de decomiso.

212 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 13(5)-(6).

213 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 281.

con respecto a los casos de decomiso basados en condena. Sin embargo, se considera que éstos no se aplican al decomiso de activos NCB. El Reino Unido está dando los pasos para entrar en tratados bilaterales o memorandos de entendimiento con estados extranjeros con respecto al decomiso de activos NCB. Los acuerdos sobre activos compartidos pueden también efectuarse con base en cada caso. Con respecto a los casos de corrupción, el Reino Unido ha ratificado la Uncac y como tal es consciente de sus obligaciones con esa Convención.

Litigio civil privado

Si el mecanismo de asistencia judicial mutua o la adopción del caso por la agencia del cumplimiento de la ley del RU no son factibles, un Estado extranjero tiene la opción de iniciar procesos en las cortes civiles. No es propósito de esta contribución especial explorar la mirada de reclamos potenciales disponibles en el Reino Unido cuando se busca recuperar las ganancias mal habidas de funcionarios corruptos. Un Estado extranjero, en su capacidad de litigante privado puede, sin embargo, hacer petición a la corte de una variedad de órdenes, como:

- Una orden de censura (incluso mundialmente).
- La divulgación de información por terceras partes.
- Órdenes de silencio.
- Órdenes de búsqueda e incautación.
- Nombramiento de un liquidador provisional sobre una empresa.

La rapidez de actuación y la variedad de herramientas disponibles en el litigio civil en Inglaterra y Gales la convierten en una jurisdicción de elección cuando se trata de congelar, localizar el origen y recuperar activos robados. Sin embargo, no es raro, si existe un elemento exterior, que se dispute la jurisdicción de la corte inglesa. No obstante, las cortes inglesas tienen jurisdicción para determinar procesos si, por ejemplo:

- Un acusado está en Inglaterra.
- Un acusado se somete a la jurisdicción;
- Los activos en cuestión están dentro de la jurisdicción o han pasado a través de ésta.
- El acto de corrupción se llevó a cabo dentro de la jurisdicción.

El lavado de los productos de la corrupción a través de Inglaterra debería ser suficiente para que la corte tenga jurisdicción.²¹⁴

214 Una ilustración de dónde considerará la corte inglesa que tiene jurisdicción suficiente para determinar un asunto es *Attorney General of Zambia v. Meer Care & Desai & Ors* [2007] EWHC 952 (Ch).

Herramientas de litigio para el litigante privado

Mandatos de congelación (incluso los que tienen efecto extraterritorial)

Un mandato de congelación²¹⁵ (conocido ahora como orden de censura) puede utilizarse para congelar activos y dineros que se sospecha constituyen productos de la corrupción, pendiente el resultado del reclamo.²¹⁶ Se trata de un mandato temporal y puede emitirlo la corte donde quiera que sea “justo y conveniente” hacerlo. Usualmente se expide sin notificación y a menudo antes de presentarse la demanda. Existen varios requisitos para que pueda expedirse una orden de censura:

- El querellante²¹⁷ tiene un caso bueno y disputable.
- El querellante puede aducir suficiente evidencia sobre la existencia y ubicación de los activos de que el mandato, si se impone, se afectaría.
- Existe el riesgo real de dispersión de los activos antes de que pueda ejecutarse un veredicto.
- Es justo y conveniente.
- El querellante debe ofrecer una garantía cruzada contra daños.

Como se mencionó, el querellante tiene que tener un reclamo sustantivo capaz de ser presentado en la corte inglesa para que se emita un mandato (que sólo brinda alivio temporal y es secundario a la causa principal de la acción).²¹⁸ Sin embargo, la corte inglesa tiene poder de otorgar alivio temporal (incluso órdenes de congelación) cuando los procesos entre las mismas partes están pendientes en las cortes de otro Estado de la convención.²¹⁹

El requerimiento de demostrar un caso bueno y disputable se relaciona con los méritos del reclamo sustantivo contra el acusado.²²⁰

Ordinariamente, el querellante tendrá que demostrar que el acusado posee algunos activos dentro de la jurisdicción. Sin embargo, el significado de “activo” es general y puede incluir vehículos de motor, *objets d’art*, joyería y artículos semejantes, lo mismo que dinero.

215 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1).

216 Conocido una vez como el Mandato Mareva después del caso de *Mareva Compañía Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd’s Rep 509.

217 El término “querellante” no se utiliza ya en los litigios en Inglaterra y Gales. Después de las reformas a las Reglas de Procedimiento Civil en 1998 (conocidas como las “reformas Wolf”), el lenguaje jurídico inglés cambió, del uso de “querellante” a “demandante” al referirse a una parte que inicia procesos dentro de las cortes de Inglaterra y Gales.

218 *Siskina v. Distos Compañía Naviera SA* [1979] 2 AC 210, HL.

219 Ley sobre Jurisdicción Civil y Veredictos de 1982, sección 25.

220 *The Niedersachsen* [1983] 2, Lloyds Rep 600, 605.

Si la cuenta bancaria de un acusado en Inglaterra se encuentra sobregirada, todavía es probable que la corte infiera presencia de activos dentro de la jurisdicción. De igual manera, la corte puede congelar una cuenta conjunta con alguien que no es parte de la acción.²²¹

Con respecto a tierras, un mandato de congelación no puede registrarse en el Land Registry (Registro de Tierras) como cargo contra la propiedad.²²² Sin embargo, puede registrarse como una restricción, que tendrá el efecto de impedir la venta del activo a cualquier tercero de buena reputación o esté financiado por una entidad financiera de buena reputación.

En ciertas circunstancias, la corte puede prepararse para despejar el velo corporativo y mirar más allá de la estructura de una empresa a fin de garantizar el alivio mandatario.²²³

Una corte puede, en circunstancias excepcionales, expedir órdenes de congelación que cubran activos tanto en Inglaterra y Gales como en el exterior. La corte puede expedir una orden de censura sobre activos en el exterior cuando no existan activos en Inglaterra y Gales, aunque esto no es común.²²⁴ Sin embargo, dicha orden no se expedirá si existen suficientes activos dentro de la jurisdicción para satisfacer un veredicto a favor del querellante.²²⁵ Estas órdenes de congelación mundiales se ensamblarán de modo que afecten a terceros a menos que puedan ser cumplidas por la corte del Estado en que se encuentran ubicados los activos.²²⁶

Un acusado no tiene que ser residente dentro de la jurisdicción de Inglaterra y Gales para que se expida una orden de censura en su contra.²²⁷ Sin embargo, es más probable que la corte infiera que existe el riesgo de dispersión de los activos si el acusado reside en el exterior. No obstante, si un acusado “está establecido dentro de la jurisdicción en el sentido de tener activos aquí que no puedan dispersarse, o no se desee dispersarlos o no se dispersen, solamente para evitar algún veredicto que parezca probable se dicte en su contra”,²²⁸ entonces es improbable que la corte infiera que existe el riesgo de disposición de los activos en virtud de que el acusado tenga su residencia en el exterior.

221 *SCF Finance Ltd v. Masri* [1985] 1 WLR 876.

222 Para propósitos de la Ley de Cargos sobre la Tierra de 1972, sección 6 (1)(a). Ver *Stockler v. Fourways Estates Ltd* [1984] 1 WLR 25.

223 *TSB Private Bank Ltd International SA v. Chabra* [1992] 1 WLR 231.

224 *Derby v. Weldon (No. 2)* [1989] 1 All ER 1002, CA.

225 *Derby v. Weldon (No. 1)* [1990] Cha 48, CA.

226 *Derby v. Weldon (No. 2)* [1989] 1 All ER 1002, CA; *Babanaft Intl Co SA v. Bassatne* [1990], Ch 13 CA.

227 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37 (3).

228 Per Denning MR en *Z Ltd v. A-Z* [1982] 1 QB 558, en 585.

Los mandatos interinos se emiten antes de un juicio, y por tanto, antes de que se determinen los méritos del caso. Por esta razón, se requiere que el querellante dé una garantía cruzada contra los daños, esto es, una promesa de pagar compensación al acusado si el querellante más adelante omite pretender un derecho al mandato. La garantía es por lo general ilimitada, aunque en algunas circunstancias puede ser posible limitar la cantidad. Sin embargo, el cumplimiento de la garantía se efectúa sólo después de una investigación sobre la pérdida sufrida por el acusado resultante del mandato. La garantía se presenta a la corte y no al acusado y la corte tiene la discreción para hacerla efectiva o no. A menos que existan circunstancias especiales, existe la presunción de que se hará efectiva la garantía.²²⁹

La corte puede expedir una orden de censura si es “justo y conveniente”.²³⁰ Sin embargo, aun si un querellante ha satisfecho todos los elementos de principio necesarios para la emisión de la orden de censura, la corte puede aún rehusarse a expedirla. Al ejercer esta discreción, por ejemplo, la corte evaluará si los activos del acusado satisfacen, en cualquier forma sustantiva, cualquier veredicto que pueda obtener el querellante. En el caso de *Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*,²³¹ una empresa liberiana pretendió una orden de censura, cuyo reclamo subyacente se relacionaba con daños sustanciales por una contravención de una parte fletadora, contra una empresa indonesia de propiedad del Estado. La orden de censura se relacionaba con una parte de una planta de fertilizantes indonesia, evaluada en aproximadamente US\$12 millones. Su valor residual, sin embargo, era de aproximadamente US\$350.000. En su veredicto, Lord Denning MR describió el valor residual como una “gota en el mar”²³² en comparación con el tamaño del reclamo.

Una orden de censura preserva los activos sobre los que se expide y obliga a las partes a las que se expide. Esas partes junto con cualquier otra tercera parte con conocimiento de ella tienen obligación con la corte de cumplir con los términos de la orden. Cualquiera que permita o asista deliberadamente una violación de la orden, se expone a detención por desacato a la corte.²³³

La corte puede nombrar un receptor²³⁴ cuando sea “correcto o justo” hacerlo,²³⁵ ya sea como soporte de una orden de censura o independientemente.

229 *Lunn Poly Ltd and Ors v. Liverpool and Lancashire Properties Ltd* [2006] EWCA Civ 430.

230 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1).

231 [1978] QB 644, CA.

232 *Rasu Maritima SA v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* [1978] QB 644, CA, p. 663.

233 *HM Customs and Excise v. Barclays Bank plc* [2006] All ER (D) 215 (jun).

234 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1).

235 *Derby v. Weldon* (Nos. 3 & 4) [1990] Ch 65.

Gastos de manutención y costos legales

Por lo general, una orden de censura contendrá una orden para el pago de los gastos de manutención normales del acusado. Al decidir la cantidad de esos gastos, la corte tendrá en cuenta el estilo de vida del acusado.

Con respecto a los costos legales, la corte será razonablemente liberal en permitir el retiro de fondos para gastos legales con el propósito de defender el litigio actual.²³⁶ El control cuidadoso de los gastos de manutención y costos legales es con mucha frecuencia un punto de presión en el litigio.

Si el acusado es una empresa, la orden casi siempre hará provisión para el tratamiento y disposición de los activos en el curso normal de los negocios. Sin embargo, las deudas comerciales tienen que ser pagos efectuados de buena fe en el curso normal de los negocios.²³⁷

*Órdenes secundarias*²³⁸

Las siguientes son otras órdenes que pueden acompañar una orden de congelación:

- Una orden para la entrega del pasaporte del acusado, si éste se encuentra dentro de la jurisdicción de Inglaterra y Gales.²³⁹
- Una orden para la repatriación de activos que se encuentran fuera de la jurisdicción, de regreso a Inglaterra y Gales.²⁴⁰
- Una orden que impida a terceros informar a los acusados la existencia de una orden de censura (*ver órdenes de censura o más adelante*).
- Una orden que pida al acusado (acusado anticipado) revelar la identidad y ubicación de sus activos;²⁴¹ sin embargo, esta no puede ser utilizada como indagatoria preliminar.
- En circunstancias excepcionales y justificables, una orden para el conainterrogatorio del testimonio de divulgación del acusado anticipado;²⁴² (sin embargo, esta orden sólo puede obtenerse para el propósito legítimo de conainterrogar a un acusado sobre su testimonio de divulgación para establecer la magnitud de sus activos; esta orden no se emitirá cuando se sepa que existen activos suficientes para satisfacer el reclamo).²⁴³

236 *Furylong Ltd v. Masterpiece Technology* [2004] EWHC 3103 (Ch).

237 *Iraqi Ministry of Defence v. Arcepey Shipping Co SA* [1981] QB 65.

238 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1).

239 *Bayer AG v. Winter* (No. 1) [1986] 1WLR 497 y *B v. B* [1997] 3 All Er 258.

240 *Derby v. Weldon* (No. 6) [1990] 1 WLR 1139 y *DPP v. Scarlett* [2000] 1 WLR 515.

241 *A J Bekhor and Co Ltd v. Bilton* [1981] QB 923.

242 *A J Bekhor and Co Ltd v. Bilton* [1981] QB 923.

243 *Great Future Intl Ltd v. Sealand Housing Corporation*, [2001] CPLR 293.

- Una orden que exija al acusado entregar algunos activos a los abogados del querellante.²⁴⁴

En el momento de expedir la orden de censura, un querellante tendrá que ofrecer las siguientes garantías a la corte, que, a su vez, serán incorporadas a la orden de censura:

- Garantía sobre daños, como se explicó anteriormente.
- Notificar al acusado inmediatamente de los términos de la orden y enviar una copia al acusado, incluyendo la evidencia de soporte, junto con la solicitud, una nota completa de la audiencia *ex parte* y el formulario del reclamo.
- Informar a terceros afectados por la orden de su derecho a solicitar direcciones a la corte, o modificar la orden.
- Indemnizar a cualquier tercero por cualquier gasto incurrido en el cumplimiento de la orden; por ejemplo, costos razonables contraídos por un banco para cumplir una orden de congelar una cuenta bancaria.²⁴⁵

Deber de revelar todos los hechos materiales

Al hacer petición de cualquier alivio *ex parte*, el solicitante debe revelar a la corte todos los hechos materiales²⁴⁶ de modo que la corte pueda tenerlos en cuenta para decidir si otorga el alivio solicitado. Ese deber de revelar completa y francamente es deber en curso y la corte lo aplica estrictamente a solicitudes de órdenes de congelación o búsqueda debido al daño sustancial a un acusado o algún tercero que puedan causar dichas órdenes.

Por tanto, si en cualquier tiempo después de haberse emitido la orden de censura, el querellante tiene conocimiento de un hecho material (inclusive si no es a su favor) que no había sido revelado a la corte en el momento de expedir de la orden, debe llevarse a la atención de la corte a la primera oportunidad, aun si ocasiona el descargo de la orden de censura. La audiencia de la no revelación del material se efectuará sobre notificación en presencia del acusado.

Si se demuestra la no revelación del material, la corte tiene discreción para rehusar expedir la orden de censura o hacer su descargo. Al ejercer esa discreción, la corte equilibrará el objetivo de anulación y la necesidad de proporcionalidad.²⁴⁷ Al evaluar

244 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1) y *CBS United Kingdom Ltd v. Lambert* [1983] Ch 37.

245 *Searose Ltd v. Seatrain Ltd*, [1981] 1 WLR 894.

246 Reglas de Procedimiento Civil, Dirección Práctica 25, par. 3.3.

247 *Memory Corp Ltd v. Sidhu* (No. 1) [2000] 1 WLR, 1443, CA.

la seriedad y consecuencias de la no revelación, la corte considerará todas las circunstancias, como las siguientes:

- La seriedad de la violación (si fue intencional).
- El merecimiento de censura del querellante y sus abogados.
- El daño causado al acusado.
- El daño causado al solicitante si se pierde la compensación del interdicto.
- Si es posible remediar la violación, y de ser así, si fue remediada y con qué rapidez.

Finalmente, una no revelación del material puede dar lugar a un reclamo por compensación bajo las garantías por daños. Si la corte decide abrogar el mandato, analizará si debe emitirse un mandato adicional.

Descargo o variación de la orden de censura

Si un acusado puede demostrar que el querellante no tiene un caso bueno y disputable sobre los méritos, o de que el riesgo de dispersión de los activos es insuficiente, puede tener éxito en lograr que se efectúe el descargo de la orden de censura, el que puede obtener también proveyendo seguridad por el reclamo, la que puede ser en forma de un pago en una cuenta bancaria a nombre de los abogados de las partes, o un pago a la corte. En forma alternativa puede crearse un cargo sobre la propiedad del acusado.

Cuentas bancarias

Una orden de censura contendrá una orden expresa de que no impide al banco en el que se tiene la cuenta ejercer el derecho de compensación²⁴⁸ que pueda tener con respecto a facilidades permitidas a él por el acusado antes de la fecha de la orden. Sin embargo, una vez cumplida la orden, el banco debe revocar cualquier tarjeta de crédito expedida previamente al acusado.²⁴⁹ Una orden de censura puede cubrir activos adquiridos por el acusado después de expedirse el mandato pero antes de la ejecución de cualquier veredicto con respecto al reclamo sustantivo. El propósito de este tipo de orden es cubrir la situación en la que un acusado no tiene suficientes activos en el momento de la expedición de la orden de censura con la cual satisfacer el reclamo

248 La compensación bancaria puede tener lugar si un cliente tiene dos o más cuentas con el mismo banco y una cuenta tiene saldo débito y la otra saldo crédito. El banco puede entonces, sujeto a varios requisitos, utilizar el dinero de la cuenta crédito para compensar el saldo de la cuenta débito.

249 *Z Ltd v. A-Z* [1982] 1 QB 558 en 591 per Lord Denning MR.

del querellante. En tales circunstancias, la orden de censura no necesita expresar una suma máxima.²⁵⁰

Órdenes de censura

La corte puede emitir por un período limitado una “orden de censura”²⁵¹ que impida a terceros (incluidos los bancos) informar al acusado la existencia de una orden de censura u otra orden, como una orden de divulgación.

Si, por ejemplo, una orden de divulgación tiene el efecto de entregar estados bancarios que revelan activos adicionales u otras cuentas en otras entidades financieras o en otras jurisdicciones, la orden de censura puede ser particularmente ventajosa, pues impide el “sobre aviso” y limita el riesgo de desvanecimiento o destrucción de evidencia de vital importancia.

Órdenes de divulgación

Las órdenes de divulgación²⁵² obtenidas en contra de terceros constituyen una poderosa herramienta con la cual obtener evidencia relativa a cuentas bancarias y otros activos de las entidades financieras y asesores profesionales a través de las cuales puede haberse lavado el dinero o pueden haberse adquirido activos. La orden de divulgación puede ser particularmente poderosa cuando se reconoce y cumple en el exterior. Las órdenes de congelación mundiales del Reino Unido y las órdenes de divulgación por lo general son reconocidas en los países de la Mancomunidad o en sus antiguos integrantes. Esto constituye una ayuda particular si los dineros se han depositado en cuentas en el exterior o han sido lavados a través de jurisdicciones en el exterior.

Las órdenes de divulgación puede expedirlas la corte en la que sea probable que los documentos buscados soporten o afecten en forma adversa el caso de una de las demás partes del proceso.²⁵³ Las partes no pueden emprender una indagatoria preliminar, por lo que el solicitante debe especificar el documento o clase de documentos cuya divulgación se busca. Una orden de divulgación también requiere que la parte contra la que se emite especifique los documentos que ya no están bajo su control²⁵⁴ e indique qué ha sucedido con dichos documentos.²⁵⁵

250 *Z Ltd v. A-Z* [1982] 1 QB 558 en 576 per Lord Denning MR.

251 Ley de la Corte Suprema de 1981, sección 37(1).

252 Reglas de Procedimiento Civil de 1998, Parte 31, regla 31.17.

253 Reglas de Procedimiento Civil de 1998, Parte 31, regla 31.17(3)(a).

254 Reglas de Procedimiento Civil de 1998, Parte 31, regla 31.17(4)(a).

255 Reglas de Procedimiento Civil de 1998, Parte 31, regla 31.17(4)(b)(i).

La corte tiene también poder de ordenar que un tercero que no forme parte del proceso divulgue la identidad de un delincuente,²⁵⁶ lo que constituye una herramienta de litigio poderosa cuando se ejerce en las circunstancias correctas. El principio subyacente a este tipo de orden de divulgación se señala en la declaración de Lord Reid, en el caso *Norwich Pharmacal Co v. Customs and Excise Commissioners*:²⁵⁷

Me parece a mí que [las autoridades] apuntan al principio muy razonable de que si, sin falta de su propia cuenta una persona se ve envuelta por los actos maliciosos de otros para así facilitar sus delitos, no puede incurrir en ninguna obligación personal, pero tiene el deber de asistir a la persona a quien se ha perjudicado suministrándole información completa y divulgando la identidad de los delincuentes. No creo que sea importante si se vio envuelto por acción voluntaria de su parte o porque era su deber hacer lo que hizo. Puede ser que esto le ocasione gastos que la otra persona que busca la información debería reembolsarle, pero la justicia exige que debe cooperar para corregir el mal si involuntariamente facilitó su comisión.

Por tanto, el propósito de una orden *Norwich Pharmacal* es averiguar la identidad de un presunto delincuente y la orden se expedirá contra la persona que facilitó el delito, sin importar si se realizó involuntariamente.

Una orden *Norwich Pharmacal* puede obtenerse para la divulgación de información y documentos relativos a un posible agravio, aun cuando pudiera demostrarse (sin la información buscada) si la persona en realidad cometió el agravio. Además, la capacidad de solicitar y expedir dicha orden no se restringen a reclamos de agravio.²⁵⁸

Una orden de divulgación *Norwich Pharmacal* no se emitirá para simples expediciones de pesca. Tiene que haber un reclamo real e insatisfecho en contra del delincuente desconocido y su identidad debe revelarse para que la demanda pueda proseguir judicialmente.²⁵⁹ La emisión de cualquier orden de divulgación es discrecional y por tanto puede rechazarse el alivio, aun si se han cumplido las condiciones para la emisión de la orden, si la orden no va en el interés público. Adicionalmente, deben haberse agotado todas las demás vías legítimas para descubrir la información antes de otorgar el alivio.²⁶⁰

En la expedición de una orden de divulgación, hay un balance delicado que debe cumplirse entre alguien que es un simple testigo (y puede ser obligado a asistir para presentar evidencia y producir documentos, atendiendo una citación de testigo para

256 *Norwich Pharmacal Co v. Customs y Excise Commissioners* [1974] AC 133, HL y Reglas de Procedimiento Civil, Parte 31, regala 31.18.

257 [1974] AC 133, 175, HL.

258 *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd* [2002] 1 WLR 2033.

259 *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd* [1981] AC 1096, HL.

260 *Mitsui & Co Ltd v. Nexen Petroleum Ltd* [2005] 3, All ER 511.

asistir al juicio) y alguien que se ha visto envuelto en el delito de otra persona y lo ha facilitado.²⁶¹ Sin embargo, una orden de divulgación no se expedirá contra una persona que simplemente conoce las identidades de los presuntos delincuentes.

Puede ser posible que se recuperen los costos asociados con la obtención de una divulgación contra el delincuente, si se establece la obligación. Sin embargo, el querellante deberá demostrar que era previsible que fuese necesario obtener la orden para iniciar los procesos sustantivos.²⁶² Si esto no es posible, los querellantes normalmente tendrán que pagar no sólo sus propios costos legales, sino también los costos legales y gastos del sujeto o parte de la orden de divulgación.

Orden de búsqueda e incautación

Una orden de búsqueda (conocida anteriormente como una orden Antón Piller)²⁶³ es una medida draconiana que sólo se expedirá como medida de último recurso.²⁶⁴ Una orden de búsqueda e incautación²⁶⁵ permite a los abogados de un querellante asistir a los predios relacionados en la orden con el fin de mantener evidencia que de otra forma podría destruirse.

Requerimientos

Deben satisfacerse tres requerimientos básicos antes de que la corte pueda expedir dicha orden:

- Tiene que existir un caso *prima facie* extremadamente fuerte sobre los méritos.²⁶⁶
- Las actividades del acusado deben causar un daño potencial o real muy serio a los intereses del querellante.
- Debe existir evidencia clara de que los documentos incriminatorios u otras cosas se encuentran en posesión del acusado, y de que existe la posibilidad real de que dicho material pueda ser destruido antes de que pueda realizarse cualquier petición o notificación.

261 *Ricci v. Chow* [1987] 1 WLR 1685 CA.

262 *Totalise plc v. Motley Fool Ltd* [2002] 1 WLR 1233 CA.

263 *Antón Piller KG v. Manufacturing Processes* [1976] 1 Ch 55, CA, per Ormrod LJ.

264 Cuando sea posible, debe utilizarse una orden interlocutoria menos draconiana; por ejemplo, una petición sobre notificación para una orden de ingresar a los predios de un acusado para inspeccionar la propiedad.

265 Reglas de Procedimiento Civil, Parte 25, Regla 25.1(1)(h).

266 Éste es más fuerte que el de una orden de censura.

Garantías

Es importante anotar que una petición de orden de búsqueda e incautación tiene que ir acompañada de una garantía por parte del querellante, garantía que preveerá salvaguardias para el acusado y puede dividirse en dos categorías: primero, garantías otorgadas por el querellante personalmente y, segundo, garantías otorgadas por los abogados del querellante. Sin embargo, por lo general las garantías las tendrá que otorgar el querellante personalmente.²⁶⁷ Las garantías personales²⁶⁸ pueden incluir, por ejemplo:

- Acatar una orden sobre daños.
- Jurar y presentar un testimonio de soporte de una petición a la corte, cuya naturaleza fuese tan urgente que la evidencia se suministrase verbalmente o en forma no juramentada.
- Cumplir una orden de búsqueda de un abogado, junto con copias de la evidencia de soporte, con una petición para una audiencia de retorno a los pocos días después de cumplida.
- Si una petición fuese urgente, jurar y presentar testimonios inmediatamente y emitir un formulario de reclamo.
- No utilizar artículos incautados para otra cosa que los propósitos del reclamo, sin el permiso de la corte.
- Asegurar los artículos incautados de los predios del acusado.

Los abogados del acusado normalmente garantizarán mantener en forma segura y retendrán los artículos y documentos incautados y en el término de dos días laborales entregarán a los abogados del acusado los documentos originales y artículos incautados, con excepción de cualquier documento original que pertenezca al querellante.

El abogado supervisor independiente otorgará varias garantías como, por ejemplo, entregar al acusado un informe escrito sobre la realización de la orden de búsqueda y presentar la misma a la corte para su consideración en la próxima audiencia.

Una orden de búsqueda contiene también una garantía implicada de no utilizar los artículos capturados para propósitos colaterales.²⁶⁹

267 Los abogados no otorgarán garantías relativas a asuntos sobre los que no tienen control.

268 Ver Dirección Práctica, Parte 25 – Mandatos Interinos, Anexo– Muestra de orden de búsqueda, Programa C “Undertakings Given to the Court by the Applicant”: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_part25.htm#IDAIQY3B.

269 *Crest Homes plc v. Marks* [1987] AC 829, HL.

Naturaleza draconiana

La naturaleza draconiana de la orden de búsqueda se ilustra quizás mejor con su mensaje subliminal: de que no puede confiarse en un acusado. Por tanto, si se utiliza en relación con un negocio, particularmente si va emparejada con una orden de censura formulada a los banqueros del acusado, puede resultar en el rechazo de crédito y tener el efecto de cerrar el negocio del acusado.²⁷⁰ El efecto de esto debería tenerse presente al ofrecer las garantías cruzadas por daños a que se hizo mención anteriormente.

Salvaguardias

La ejecución de una orden de búsqueda debe supervisarla un abogado independiente nombrado, experimentado en asuntos de órdenes de búsqueda. El abogado supervisor será nombrado según los términos de la orden y el testimonio de soporte de la petición de la orden. Por lo general, la orden contendrá también restricciones sobre cuándo y cómo puede ejecutarse; por ejemplo, si el acusado es una mujer que vive sola, una mujer debe acompañar a quienes ejecutan la orden; puede limitarse el número de personas que puede ingresar a los predios; la orden debe cumplirse en un día laboral durante horas laborales ordinarias (para dar tiempo al acusado de buscar asesoría legal), etc.

Para facilitar la ejecución de la orden, se ordenará a menudo al acusado a que, por ejemplo, imprima el material que se mantiene en computador, en forma legible o legible por el computador y abrir las cajas de seguridad o cajones asegurados que se encuentren en los predios.

Las órdenes de búsqueda no permiten a los abogados o al querellante o sus asociados utilizar la fuerza para ingresar a los predios. Con mucha frecuencia, se informará a la policía antes de efectuar la búsqueda, en caso de haber un rompimiento de la paz. Los artículos sobre los cuales el acusado reclame privilegio durante la búsqueda serán excluidos por el abogado supervisor, quien los retendrá pendiente de orden adicional de la corte. También, los artículos capturados conforme a la orden los retendrá el abogado del querellante y no éste.

Incumplimiento

El incumplimiento de la orden de búsqueda por parte del acusado puede equivaler a desacato a la corte con un resultado potencial de que el acusado, a petición del querellante a la corte, sea llevado a prisión. Además, la corte puede sacar inferencias en corte del rechazo de un acusado a cumplir con una orden de búsqueda.²⁷¹

270 *Columbia Picture Industries Inc v. Robinson* [1986] Ch 38.

271 *Antón Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd* [1976] 1 Ch 55, CA.

Cambios materiales

El deber a la corte de rendir una divulgación completa y franca es tanto estricto como corriente (incluso después de la ejecución de la orden). De la misma manera que con las órdenes de divulgación y congelación, cualesquier cambios materiales que tengan lugar entre la expedición de la orden de búsqueda y su ejecución deben ser llevados a la atención de la corte de modo que ésta pueda reconsiderar la petición en vista de la nueva información.

Descargo o variación de una orden de búsqueda

A semejanza de las órdenes de congelación, un acusado puede pedir que se modifique o descargue la orden de búsqueda en un plazo breve. La orden puede descargarse si no ha habido revelación del material sobre la petición sin notificación, o no se han cumplido una o más de las condiciones.

Órdenes secundarias

A petición, las cortes inglesas pueden ordenar a un acusado que suministre una declaración de activos e ingresos, el origen de su riqueza y cualesquier negocios relacionados con estos activos e ingresos. Los acusados frecuentemente invocarán el derecho contra la autoinculpación con el fin de intentar abatir estos tipos de peticiones y órdenes. Dichas órdenes secundarias pueden constituir tácticas de litigio muy eficaces y pueden alertar a un querellante sobre activos de los que éste no tenía conocimiento previo o utilizarse para desacreditar a un acusado ante la corte si se puede demostrar más tarde que el acusado tiene activos que no reveló en la declaración de activos.

Liquidadores provisionales

La corrupción con mucha frecuencia implica el uso de entidades corporativas, cuyos directores pueden ser nominados y cuyos accionistas pueden ser otras entidades corporativas o consorcios. Obtener el control de la administración de esas empresas para localizar el origen, ubicar y recuperar los productos de la corrupción puede ser una necesidad estratégica y el nombramiento de un liquidador provisional sobre la empresa puede ser muy eficaz.

Requerimientos

Para nombrar un liquidador provisional en Inglaterra y Gales, tiene que presentarse una petición a la Companies Court (Corte de Empresas) en la Alta Corte, para poner fin a la empresa. La base para solicitar poner fin a la empresa es usualmente una

deuda indisputable de por lo menos £750 (aproximadamente US\$1.600) o que sea “justo y equitativo” que se ponga fin a la empresa.²⁷² En casos de fraude, es probable que la petición se base en el principio de justicia y equidad, con la intención de que los activos robados deban ser perseguidos (judicialmente) por el liquidador, pero por razones de previsión, se recomienda también que esto vaya emparejado de una deuda indisputable si es posible.

Un liquidador provisional es nombrado por lo general si existe el riesgo serio de la dispersión de los activos, o que éstos sean puestos fuera del alcance de los acreedores. Las peticiones para liquidadores provisionales siempre se efectúan como urgentes y en ausencia el acusado (*ex parte*), en forma semejante a una orden de censura. La base para efectuar cualquier petición puede, de hecho, ser muy similar.

Empresa incorporada en el exterior

Si una empresa se incorpora o ubica en el exterior y puede demostrarse que la empresa tiene “conexión suficiente” con la jurisdicción, la corte inglesa emitirá una orden de poner fin a la empresa. La conexión suficiente se evidencia usualmente por tener la empresa activos en Inglaterra o Gales. Esos activos pueden estar en la jurisdicción con base temporal, incluso porque los fondos pasen a través de un banco londinense. La condición suficiente puede ocurrir si se encuentra que un director tiene una residencia (aun un segundo hogar) dentro de la jurisdicción, o el seguro conectado a la empresa ha sido colocado a través del mercado londinense.

Entre los poderes de un liquidador provisional están obtener y preservar los activos de la empresa, extendiéndose a la capacidad de instruir a los abogados de buscar activos en Inglaterra y el exterior. Los liquidadores provisionales son independientes y los nombra la corte, por lo que muchas jurisdicciones reconocen el nombramiento y los poderes. Los liquidadores provisionales tienen poderes formidables que no puede tener un querellante regular, para compulsar el suministro de información y el traspaso de los activos. Por eso a menudo se prefiere la vía del liquidador provisional para el propósito de recuperar activos robados.

Los liquidadores provisionales tienen derecho de la empresa para exigir registros bancarios de la empresa, documentos que pueden no estar a la mano de inmediato, pero ya se requiere a los bancos que mantengan los registros por varios años, almacenados en microfichas o en forma digital. Estos registros pueden incluir comprobantes de transferencias con relación a movimientos significativos de fondos, apertura de cuentas, e información sobre el lavado de dinero. La capacidad de exigir los registros de la empresa incluye la divulgación de los archivos de la empresa para la que trabaja el director nombrado. Si éste se encuentra en una jurisdicción distinta del país de

272 Ley de Insolvencia de 1986, secciones 122(f) y (g).

incorporación de la empresa en liquidación, la entrega de los libros y registros puede requerirse con relativa rapidez y economía, sin necesidad de obtener órdenes adicionales de divulgación o remitir cartas de petición. Esos registros deberían incluir copias de las instrucciones para fundar la empresa, que pueden vincular a una parte clave a una empresa donde anteriormente era imposible mostrar la conexión.

Procesos civiles: ventajas y desventajas

La principal desventaja de litigar en Inglaterra y Gales, y en particular para la localización del origen de los activos, son los costos legales, especialmente cuando se trata de exportar al exterior órdenes de congelación y divulgación. Los costos asociados con la localización del origen de los activos son notablemente difíciles de predecir debido a la investigación que surge de los documentos divulgados. Aun así, los costos pueden ser sólo una fracción del valor de los activos recuperados y la ejecución de los medios de litigio puede ser extremadamente veloz. Es posible, por consiguiente, que el litigio se divida en partes componentes utilizando una recuperación para financiar el siguiente conjunto de procesos. Los costos asociados con la localización del origen de los activos se consideran a menudo como prohibitivos. Sin embargo, arreglos sofisticados de tarifas, que incluyen el uso de terceros financistas comerciales, pueden utilizarse en casos apropiados.

Además de la velocidad con que pueden funcionar los medios para el litigio, los procesos civiles tienen la ventaja de la menor carga de la prueba. Los casos se deciden mediante el estándar del balance de probabilidades, el cual es particularmente útil en los casos de corrupción en los que la evidencia es incompleta y es necesario sacar inferencias de la evidencia disponible.

A diferencia de la asistencia judicial mutua, un Estado extranjero es el querellante en un proceso civil privado y tendrá mucho mayor control sobre los procesos, en particular sobre la estrategia.

Por último, otras jurisdicciones todavía reconocen y ejecutan los veredictos ingleses.

14

La estrategia de recuperación de activos del Reino Unido

El crimen organizado causa un perjuicio social y económico estimado en £20.000 millones²⁷³ (aproximadamente US\$28.300 millones) a las comunidades de Gran Bretaña cada año y las finanzas son la parte vital de esta amenaza.²⁷⁴ Los criminales, atraídos por el beneficio, han llegado a depender del sistema financiero y así, éste y la información que contiene, ofrecen ahora una nueva oportunidad para enfrentar esta amenaza. La capacidad de denegar el acceso al sistema financiero a los criminales presenta una nueva vía por la que pueden debilitarse sus redes. Así como el sistema financiero y el crimen son globales en su alcance, también el reto financiero tiene que ser global; se estima que £3.000 millones (aproximadamente US\$4.240 millones) de ganancias criminales salen anualmente del Reino Unido.²⁷⁵ De la misma manera que no debe haber lugar de escondite para los criminales, tampoco debe haberlo para quienes se benefician de sus crímenes. Sin embargo, para que tenga éxito el reto financiero al crimen debe incluir a los legisladores, los negocios legítimos del sector financiero, las agencias de cumplimiento de la ley y la comunidad internacional.

Con base en los estándares y acuerdos internacionales, y también amenazas específicas al Reino Unido, el documento conjunto del Tesoro de SM y el Home Office (Ministerio del Interior) *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (2007) presenta la estrategia general del Reino Unido sobre el uso de herramientas financieras y niveladores en la lucha contra el crimen y el terrorismo. La estrategia general es utilizar las herramientas para:

- Disuadir el crimen, aumentando el riesgo y disminuyendo la recompensa.
- Detectar el crimen cuando éste sucede.
- Desestabilizar a los responsables y hacerles responder por sus acciones.

273 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 3.

274 Las referencias al Reino Unido o a la estrategia del Reino Unido de esta contribución especial no necesariamente se extienden a Escocia.

275 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 3.

Este reto a los criminales a través del uso del sistema financiero tiene que evitar la imposición de costos desproporcionados al resto de la economía y la sociedad.²⁷⁶ Por consiguiente, el enfoque del Reino Unido es ser:

- *Eficaz*, y causar el máximo impacto en la amenaza criminal subyacente.
- *Proporcionado*, de modo que se justifiquen los beneficios de la intervención y superen los costos.
- *Exitoso en su compromiso*, de modo que todos los interesados en el gobierno y el sector privado, en el Reino Unido y en el exterior, trabajen en colaboración y asociación.²⁷⁷

Fundamentos legales

El Reino Unido ha buscado poner a funcionar un marco mediante el cual alcanzar sus objetivos y cumplir sus responsabilidades internacionales, pero dentro de sus principios de eficacia, proporcionalidad y compromiso exitoso. El marco puede resumirse así:

- Un marco legal sólido, declarando ilegal el lavado de dinero.
- Salvaguardias financieras, que deben ser aplicadas por la industria, respaldadas por la supervisión y la orientación legal y que contribuyen a identificar y localizar el origen de los fondos ilícitos.
- Medidas para maximizar el valor investigativo e inteligencia de la información financiera generada por los criminales cuando mueven el dinero por medio del sistema financiero, y una batería de herramientas con las cuales desestabilizar el flujo de activos criminales y hacer responder a los responsables.²⁷⁸

La legislación contra el lavado de dinero del Reino Unido está contenida ahora en la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 y es aplicable a los productos de todos los crímenes. Por consiguiente, las agencias de ejecución de la ley no necesitan ya demostrar que los dineros ilícitos se derivan de una clase de crimen particular.²⁷⁹

El sendero que queda cuando el dinero se mueve por el sistema financiero significa que la información financiera se ha convertido en una herramienta investigativa y de inteligencia poderosa, que habilita la identificación de los responsables y la ubicación de los productos del crimen, que pueden entonces recobrase.

Varias herramientas poderosas están ya disponibles para el investigador del lavado de dinero, los procesos de decomiso penal y las acciones de decomiso de activos NCB:

²⁷⁶ *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 3.

²⁷⁷ *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 9.

²⁷⁸ *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 9.

²⁷⁹ *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 17.

- Órdenes de producción, mediante las cuales se ordena a una entidad o persona (como un banco o un abogado) que poseen material, producirlo o permitir acceso a él (como estados bancarios y archivos de transmisión de propiedades).²⁸⁰
- Órdenes de divulgación (anteriormente disponibles sólo a la Agencia de Recuperación de Activos, pero disponibles ya a la Serious Organised Crime Agency (SOCA) y otras agencias de ejecución de la ley desde el 1º de abril de 2008).²⁸¹
- Órdenes de información de clientes.²⁸²
- Órdenes de seguimiento de cuentas.²⁸³

Con respecto al lavado de dinero, los poderes mencionados arriba tienen el apoyo del sector privado, que identifica e informa las señales de advertencia sobre actividad criminal potencial bajo el sistema Suspicious Activity Reports (SAR, Informes sobre Actividades Sospechosas). El mantenimiento de registros “conozca a su cliente” (CSC) dentro del marco de lucha contra el lavado de dinero apoya no sólo investigaciones sobre lavado de dinero sino también investigaciones para la recuperación y es un buen ejemplo de una parte del marco del Reino Unido que alimenta y apoya a otra en la lucha contra el crimen.

Las propuestas estratégicas generales del Reino Unido incluyen, entre otras cosas, “nuevos pasos para hacer de las herramientas financieras una parte ‘dominante’ del enfoque del Reino Unido para hacer frente al crimen y al terrorismo, inclusive a través de nuevos poderes para aumentar su impacto, un incremento sustancial en los objetivos de la recuperación de activos criminales y pasos para garantizar que las agencias del cumplimiento de la ley utilicen al máximo los datos de la Companies House.²⁸⁴ Otras propuestas reflejan el enfoque más general del Reino Unido para combatir el crimen organizado e incluyen además datos compartidos entre los sectores público y privado, mejor agrupamiento de inteligencia entre los distintos órganos públicos, medidas para combatir el abuso de los negocios de servicio de dinero y pasos adicionales para extender un enfoque basado en los riesgos para la lucha contra el lavado de dinero.

280 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 17.

281 Ver la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 357, por la cual puede requerirse a una persona responder preguntas, suministrar información o producir documentos.

282 Ver la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 363 que requiere a los bancos u otras entidades financieras suministrar detalles de las cuentas de una persona vinculada a una investigación.

283 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 4.

284 Ver la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 370, que requiere a los bancos u otras entidades financieras suministrar información de cuenta sobre una o varias cuentas sospechosas, por un período especificado.

Por consiguiente, la recuperación de activos constituye sólo una de las medidas mediante las que el Reino Unido trabaja para el cumplimiento de sus objetivos. El incremento sustancial de los objetivos de recuperación de activos (£250 millones [unos US\$353,6 millones] para 2009-10) demuestra la importancia que tiene para el Reino Unido este problema.²⁸⁵

Recuperación de activos en el Reino Unido

Además de prever un marco legislativo contra el lavado de dinero, la Ley sobre Productos del Crimen prevé también poderes dirigidos hacia los fondos criminales en cuatro campos importantes:

- Poderes para el decomiso de activos NCB (conocido en el Reino Unido como recuperación civil).
- Procesos de decomiso penal.
- Incautación y decomiso de dinero.
- Tributación.

Cada uno de estos poderes para la recuperación de activos se tratará en el contexto de su papel en la estrategia sobre recuperación de activos del Reino Unido.

El papel de la recuperación de activos en el Reino Unido (y dentro de la recuperación de activos, el uso del decomiso de activos NCB) se ajusta en forma cómoda dentro de los tres objetivos el Reino Unido en la lucha contra el crimen y el terrorismo.²⁸⁶ La recuperación de activos sirve para despojar a los criminales de sus fondos y propiedades, haciendo peligrar no sólo su libertad sino su vía de salvación. Los fondos recuperados se utilizan para financiar acciones adicionales contra el crimen y compensar a las víctimas.

La recuperación de activos es sólo una de las medidas disuasivas que el Reino Unido utiliza o hacia las que encamina su trabajo como parte de su estrategia general. Otra medida es el sistema SAR, el cual forma parte del marco contra el lavado de dinero en el Reino Unido y requiere que cualquier persona que desee evitar la comisión de un delito de lavado de dinero²⁸⁷ elabore informes de actividades sospechosas para la Unidad de Inteligencia Financiera de la SOCA. Asimismo, las medidas de CSC que tomen las entidades financieras y otras, a la par con los registros que mantienen como parte del marco contra el lavado de dinero, habilitan el cumplimiento de la ley de modo que los funcionarios pueden investigar en el pasado, en direcciones laterales (identificando

285 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 61.

286 Disuadir el crimen y el terrorismo, detectar el criminal y el terrorista y desestabilizar la actividad criminal y terrorista.

287 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, secciones 327-329.

y confirmando asociaciones entre individuos y actividades, tanto en el Reino Unido como en el exterior) y hacia delante (identificando las señales de advertencia de la actividad criminal en preparación).

El régimen de recuperación de activos y el marco legal contra el lavado de dinero crean un entorno hostil para los criminales y limitan sus fondos disponibles.²⁸⁸

Uno de los elementos básicos de la recuperación de activos, en particular el decomiso de activos NCB, es su capacidad de ofrecer una alternativa a la elección, de otra forma limitada, entre el procesamiento y no ejercer ninguna acción. La amplitud de herramientas disponibles ahora a los funcionarios y entidades encargadas del cumplimiento de la ley disminuye la recompensa esperada para los criminales y aumenta su probable detección.²⁸⁹

Sin embargo, los poderes para la recuperación de activos sólo asistirán al Reino Unido en el cumplimiento de sus objetivos si se utilizan con eficacia, proporcionadamente y con el compromiso total de las partes legítimas interesadas. Para ser eficaces, los poderes deben utilizarse con el máximo impacto. En consecuencia, para incursionar aún más en la economía criminal, el Reino Unido:

- Efectuó la fusión de la Agencia de Recuperación de Activos (ARA) (en la que se había centralizado y alimentado el poder de decomiso de activos NCB de 2002 a 2007) con la SOCA y extendió los poderes a otras agencias de cumplimiento de la ley y de la misma SOCA. Después de cinco años y numerosos retos legales (incluso en la Corte Europea de Derechos Humanos), todos los cuales defendió con éxito la ARA, se consideró que la legislación y los poderes estaban lo suficientemente maduros para extender su uso en otras agencias ejecutoras.
- Está determinando si hacer que la consideración de la recuperación de activos²⁹⁰ por parte de la corte sea obligatoria en todo juicio penal.

La aplicación de los poderes y medidas disponibles para asistir al Reino Unido en el cumplimiento de sus objetivos tiene que ser proporcionada, equilibrando la necesidad de proteger la privacidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, por una parte, y garantizar su seguridad, por otra. Sin embargo, para lograrlo son necesarios un compromiso y una coordinación estrecha entre todos los interesados, ya sean del sector público o el privado. Esto requiere una escucha y retroalimentación cuidadosas y la información compartida entre el gobierno y el sector regulado, funciones claras de los participantes y compromiso con los socios internacionales.²⁹¹

288 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 10.

289 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 11.

290 El decomiso de activos con condena (conocido en el Reino Unido como decomiso penal).

291 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 13.

La dependencia de las finanzas constituye una de las grandes vulnerabilidades de los criminales y se ha dispuesto legislación para ofrecer nuevas oportunidades de arresto y procesamiento a los implicados en los crímenes.

El decomiso de activos NCB

La Ley sobre Productos del Crimen de 2002 introdujo el decomiso de activos NCB. Bajo esta ley, una orden de recuperación expedida (utilizando la carga de la prueba del balance de probabilidades) después de los procesos en la Alta Corte habilita a la agencia ejecutora de la ley para recuperar propiedad que sea, o represente, “propiedad obtenida mediante conducta ilegal”.²⁹²

Tradicionalmente, el decomiso de activos NCB sólo se ha utilizado si no ha sido posible iniciar procesos penales o donde los procesos de decomiso no han tenido éxito después de la condena. Sin embargo, su fuerza está en su capacidad de desestabilizar la actividad ilegal. El decomiso de activos NCB es sólo una de varias herramientas disponibles para la recuperación de activos en el Reino Unido. El impacto desestabilizador del decomiso de activos NCB, junto con otras herramientas disponibles de recuperación de activos,²⁹³ opera para causar tensión financiera congelando y reclamando fondos ilícitos; limitar la capacidad de los objetivos para sostener las operaciones, forzando el objetivo para desplazar la actividad hacia campos que puedan ser más vulnerables y que el objetivo se evite de otra forma; y atacar su moral.²⁹⁴

Tributación

El Reino Unido tiene también el poder de gravar los productos del crimen, el cual utiliza al lado de los procesos civiles de recuperación y puede utilizarlo también “cuando existe base razonable para sospechar que una persona ha recibido ingresos o beneficio por conducta criminal”.²⁹⁵

Decomiso penal

El decomiso penal es el decomiso de dineros que se efectúa después de una condena penal y mediante el que se ordena a un delincuente devolver el valor del beneficio pro-

292 Ver Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 240, y *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: tesoro de SM, 2007), p. 24).

293 Por ejemplo, la restricción y posterior decomiso de activos a la condena y la incautación y decomiso de dinero.

294 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 10-11.

295 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 24.

veniente de un crimen determinado (los productos).²⁹⁶ No es necesaria la vinculación de un crimen particular a un beneficio particular y por tanto la corte puede asumir que todas las propiedades del acusado que mantuvo dentro de los seis anteriores son producto del crimen. Esto se conoce como la opción de “decomiso general por conducta penal”.²⁹⁷ Antes de la emisión de la orden de decomiso penal, puede obtenerse una orden de restricción de la corte a fin de impedir la dispersión de los activos que puedan venderse más tarde para satisfacer la orden de decomiso penal.

Incautación y decomiso de dinero

El dinero puede ser incautado y detenido por un funcionario de ejecución de la ley, quien puede entonces pretender el decomiso de ese dinero (£1.000 o más; unos US\$1.400).²⁹⁸

La recuperación de los productos del crimen constituye una prioridad clave en el Reino Unido y despoja a los criminales su capacidad de financiar actividades ilegales, aumenta su riesgo y disminuye la recompensa de los criminales; aumenta el número de delitos que se presentan ante la justicia mediante el mayor uso de los poderes de la Ley sobre Productos del Crimen; y retorna los dineros a los contribuyentes, o se utiliza ese dinero como incentivo para actividades adicionales de recuperaciones de activos.²⁹⁹

Capacitación

Las complejas investigaciones financieras requieren destrezas especializadas y, por consiguiente, capacitación. Como parte de la lucha del Reino Unido contra el crimen y su estrategia de recuperación de activos, la ARA tenía responsabilidad estatutaria según la Ley sobre Productos del Crimen para capacitar y acreditar investigadores financieros. El Centre of Excellence (Centro de Excelencia) dentro de la ARA fue absorbido dentro de la National Police Improvement Agency (Agencia Nacional de Mejoramiento de la Policía) tras la fusión de la ARA con la SOCA en el año 2008. La ARA capacitaba no sólo a sus propios investigadores, sino también a investigadores financieros de todo el país e internacionales. Para marzo de 2006, el número de investigadores financieros acre-

296 Ver Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 6; y *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 24.

297 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, secciones 6 y 10; *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 24.

298 Ver Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 294 y *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 24.

299 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: tesoro de SM, 2007), p. 29.

ditados había aumentado en un 82% desde el inicio del programa de capacitación en 2003.³⁰⁰ Entre 2007 y 2008 se dictaron 117 cursos adicionales en coordinación con los socios de capacitación de la ARA y 8 cursos dentro de la comunidad internacional.³⁰¹

Prioridades estratégicas

El reto financiero del Reino Unido contra el crimen incluye prioridades estratégicas para:

- Acumular conocimiento sobre el problema y el impacto de la nación sobre su acometida.
- Incorporar a las actividades habituales capacidades financieras (para hacer el mejor uso posible de las herramientas financieras, inclusive aquéllas para recuperar activos criminales, que ya está en camino).
- Atrincherar el enfoque basado en el riesgo.
- Minimizar la carga sobre los negocios.
- Vincular socios locales.
- Vincular socios del exterior para profundizar en la cultura de la vinculación internacional y ofrecer una solución global a un desafío global.³⁰²

Resumen

Las medidas utilizadas para combatir el crimen financiero y recuperar los productos del crimen deben evolucionar constantemente. Mientras se considera que los poderes existentes en el Reino Unido son suficientes para cumplir el objetivo desafiante de £250 millones (unos US\$353,6 millones), el país mantiene su legislación en permanente revisión y se han identificado mejoras adicionales que pueden fortalecer y mejorar el sistema; por ejemplo, la extensión o abolición del período de limitación de la recuperación civil, que en la actualidad es de 12 años. Existe un argumento fuerte en que el interés del público demanda una presunción diferente si se han asegurado los activos por medio del crimen y éste y otros cambios potenciales al régimen de recuperación de activos se han apartado para consultar a los interesados.

La segunda de dos medidas para satisfacer la prioridad estratégica del Reino Unido de aumentar la eficacia de la acción contra los financieros criminales y terroristas es la de hacer el mejor uso posible de las herramientas financieras con que cuenta el

300 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: tesoro de SM, 2007), p. 23.

301 Agencia de Recuperación de Activos, *Assets Recovery Agency Annual Report and Resource Accounts 2007-08* (Londres: The Stationery Office, 2008), p. 8.

302 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: Tesoro de SM, 2007), p. 57.

Reino Unido y asegurar que todos los interesados aprovechen las oportunidades que ofrecen esas herramientas financieras, incluso las requeridas para recuperar activos criminales.³⁰³ La recuperación eficaz de activos tiene un papel importante de una variedad amplia y coordinada de medidas para acometer tanto el crimen financiero como la recuperación de los productos del crimen.

303 *The Financial Challenge to Crime and Terrorism* (Londres: tesoro de SM, 2007), p. 61.

15

Evitar las trampas en la obtención de asistencia judicial mutua: una perspectiva desde el Alguacilazgo de Guernsey

*Frederic Raffray**

Las Islas del Canal constituyen un grupo de islas ubicadas en el Canal de la Mancha, dentro del Golfo de San Malo en las afueras de la costa noroccidental de Francia. Aunque geográficamente las islas forman parte de las Islas Británicas, políticamente no forman parte del Reino Unido. Las islas se dividen en los Alguacilazgos de Guernsey y Jersey. El Alguacilazgo de Guernsey (“el Alguacilazgo”) comprende las islas principales de Guernsey (con una población de 62.000 habitantes), Alderney (con 2.000) y Sark (con 600) y otras islas más pequeñas.

La relación del Alguacilazgo con el Reino Unido

El Alguacilazgo formó parte del Ducado de Normandía durante el tiempo de la conquista normanda de Inglaterra. Posteriormente, cuando los Duques de Normandía, que eran los monarcas de Inglaterra, perdieron la mayor parte de sus posesiones en Francia, el pueblo del Alguacilazgo prefirió permanecer leal a la Corona Inglesa y es por eso evidente que las Islas del Canal nunca fueron conquistadas por la Corona Inglesa ni tampoco eran colonias. En ningún momento desde la conquista normanda la evolución de la constitución de la isla ha implicado fusión con el gobierno del Reino Unido o sujeción a este. El vínculo de la isla con éste se tiene a través de la Corona Inglesa: su majestad la reina es la sucesora de los Duques de Normandía.

Según los estatutos de sucesivos reyes y reinas, las islas aseguraron sus propios sistemas judiciales y el derecho de mantener sus propias leyes penales y tener sus propios sistemas tributarios. No tienen representantes en el parlamento del RU.

Relación constitucional con la Unión Europea (UE)

* Abogado de la Corona, Law Officers of the Crown Guernsey, escribiendo a título personal.

Las islas no son integrantes de la UE ni tienen tampoco una relación de asociadas.

Las islas tienen una relación especial muy limitada con la Comisión de la Unión Europea, según se señala en el Protocolo 3 del Acta de Admisión a la Comunidad Europea, del Reino Unido, de 1972. La relación con la CE no puede modificarse sin el acuerdo unánime de todos los estados integrantes de la UE.

Según el Protocolo 3, las islas forman parte del territorio aduanero de la UE y, por tanto, los Common Custom Tariffs (Aranceles de Aduana Comunes), gravámenes y otras medidas de importación agrícola, se aplican al comercio entre las islas y los países no integrantes, y hay libre movimiento de bienes en el comercio entre las islas y los estados de la UE. Sin embargo, el Alguacilazgo de Guernsey no tiene requerimiento de implementar medidas de derecho penal promulgadas en la UE ni medidas promovidas por la dirección de Justicia y Asuntos Internos de la UE.

Sistema Legal

Sistema de derecho penal

El derecho penal del Alguacilazgo de Guernsey no es idéntico al derecho inglés, pero es sustancialmente similar y muchas leyes de Guernsey siguen en forma estrecha las vigentes en Inglaterra porque es costumbre que Guernsey acuda a la ley inglesa cuando promulga nuevas leyes penales.

Cortes penales

La judicatura de Guernsey se divide en tres partes: La Corte de Magistrados (que tiene jurisdicción limitada), la Corte Real (que tiene jurisdicción penal ilimitada) y la Corte de Apelaciones de Guernsey. En Alderney está la Corte de Alderney y en Sark la Corte del Senescal, las que tienen jurisdicción limitada. Los casos más serios de las islas se juzgan en la Corte Real de Guernsey y las apelaciones se dirigen de los casos de Alderney a la Corte Real de Guernsey.

Las apelaciones se dirigen de la Corte Real a la Corte de Apelaciones de Guernsey, la mayoría de cuyos jueces conforman el Consejo de la Reina Inglesa y todos los jueces los nombra la Corona. Desde la Corte de Apelaciones de Guernsey existe una apelación al Comité Judicial del Consejo Privado en Londres.

Los jueces en el Alguacilazgo de Guernsey son independientes de los gobiernos en las Islas. El presidente de la Corte Real de Guernsey es el alguacil de Guernsey. A él y al alguacil diputado los nombra la Corona. Los jueces superiores en las otras islas son el Chairman of the Court (presidente de la corte) of Alderney y el Senescal de la Corte de Sark.

Oficiales de la Ley de la Corona

Existen dos Oficiales de la Ley de la Corona en el Alguacilazgo de Guernsey y son nombrados por ella. El Oficial de la Ley superior es el Procurador de Su Majestad (Procurador General de su Majestad) y el Oficial de la Ley inferior es el Contralor de su Majestad (Abogado General de su Majestad).

Las Cámaras de los Oficiales de la Ley conforman, en efecto, un “Departamento de Justicia”, no político, para todo el Alguacilazgo y sus deberes comprenden el trabajo que en Inglaterra llevarían a cabo el Secretario del Interior, el Procurador General, el Director de Procesos Públicos y el Director de la Oficina de Fraudes Graves o Complejos.

Los Oficiales de la Ley supervisan todos los procesos del Alguacilazgo. Al tomar decisiones en los procesos, los Oficiales de la Ley actúan como funcionarios independientes, independientes de las asambleas parlamentarias de las Islas e independientes de las cortes ante las que procesan. Todos los procesos del Alguacilazgo de Guernsey se presentan en nombre los Oficiales de la Ley.

Los Oficiales de la Ley tienen poder bajo ciertas partes de legislación para expedir notificaciones u órdenes que requieran la producción de información. En los casos en que sea necesaria una orden de corte, aprueban la documentación necesaria para presentarla a la corte.

Los Oficiales de la Ley actúan también como autoridad central en el trato del Alguacilazgo con las agencias del Reino Unido y otros países que requieren asistencia en investigación y proceso de crímenes. Tales peticiones se presentan a menudo después de un contacto preliminar en una etapa temprana de una investigación y después de la asesoría suministrada por la policía, Aduanas y Gravámenes, o el Servicio de Inteligencia Financiera, y se estimula dicho contacto preliminar.

Las peticiones formales de asistencia que se presenten a los Oficiales de la Ley deben enviarse a ellos directamente y no a través de la Autoridad Central del Reino Unido para la asistencia judicial mutua.

Visión general de la asistencia judicial mutua en el Alguacilazgo

Los Oficiales de la Ley en Guernsey operan con base en que la asistencia judicial mutua será provista por ellos o la Corte Real a un Estado peticionante, siempre que se cumplan los requisitos de la legislación del Alguacilazgo.

La prestación de asistencia judicial mutua en el Alguacilazgo, dentro del contexto legal, puede dividirse en varios campos principales, así:

- Suministro de evidencia para investigaciones en otra jurisdicción.
- Suministro de evidencia para procesos en otra jurisdicción.
- Restricción de activos pendiente de los procesos de decomiso.
- Registro y ejecución de órdenes de decomiso extranjerías.

- Activos decomisados compartidos.

Cada uno de estos campos tiene potencial de crear sus propias dificultades particulares, que sin embargo, pueden explicarse en forma sucinta sin necesidad de exposición pormenorizada de las leyes de Guernsey. En el centro de cada uno de los campos principales está una Carta de Petición o un Formulario de Petición.

El marco legal para prestación de asistencia judicial mutua en los campos principales

En el nivel internacional, la Convención Europea sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales de 1959 se ha extendido a Guernsey, que actualmente está a la espera, habiendo presentado petición, de extensión de varias convenciones contra la corrupción, como la Uncac, la Convención sobre el Combate al Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros de la OCDE y el Consejo de la Convención Europea sobre Corrupción/Protocolo del Consejo de la Convención Europea sobre Corrupción. Guernsey participa también en el Harare Scheme on Mutual Assistance in Criminal Matters (Plan Harare sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales), aunque no tiene un conjunto extenso de tratados de asistencia mutua legal.

La asistencia mutua legal se presta usualmente conforme a una Carta de Petición por medio de varias leyes locales, como:

- La Ley de Justicia Penal (Investigación de Fraudes) de 1991 del Alguacilazgo de Guernsey, enmendada.
- La Ley de Justicia Penal (Cooperación Internacional) de 2001 del Alguacilazgo de Guernsey, enmendada.
- La Ley de Justicia Penal (Procesos Criminales) de 1999 del Alguacilazgo de Guernsey, enmendada.
- La Ley sobre Tráfico de Drogas de 2000 del Alguacilazgo de Guernsey, enmendada.

Hay también provisiones para la asistencia mutua bajo El Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procesos Civiles de 2007, de Guernsey, que entró en vigor en 2008.

Cartas de petición

La causa fundamental de los problemas que surgen ante una Carta de Petición es a menudo su deficiente calidad, la que se manifiesta en la falla en establecer claramente los hechos, vincular los hechos a la sustancia de la petición, identificar y vincular las bases de sospecha y los documentos buscados, y vincular la evidencia buscada al delito que se investiga. Con mucha frecuencia, esto refleja una falta de consideración o

atención por parte de la jurisdicción peticionante en cuanto a lo que se requiere para obtener asistencia de Guernsey. La calidad deficiente puede también provenir de una traducción inadecuada.

Provisión de evidencia para una investigación en una jurisdicción extranjera

La producción de evidencia para investigación requiere una acción judicial o una orden del Procurador General. Cualquiera de las dos opciones que se elija, deben cumplirse ciertos umbrales de evidencia y procedimientos.³⁰⁴

Algunas peticiones no cumplen los umbrales mínimos, aun cuando existe una guía electrónica en el sitio *web* de los Oficiales de la Ley, pero aun si se cumple el umbral, puede haber restricciones adicionales si se solicita documentación sustancial. Los documentos deben revisarse y puede haber necesidad de copiarlos si existe posibilidad real de que se realice una investigación en Guernsey (por ejemplo, por falla en cumplir una orden de producción). Como resultado, es difícil usualmente transmitir cantidades sustanciales de documentación en corto tiempo.

La preparación de la documentación para su divulgación puede ir desde lo expedito a lo extremadamente laborioso. La magnitud del problema puede ampliarse dependiendo de los recursos que estén realmente disponibles para emprender el trabajo. Cuanto más pequeña la jurisdicción, mayores los problemas potenciales en este campo.

A fin de superar estos problemas, debería considerarse y clarificarse el ámbito de la petición en una etapa temprana (por ejemplo, si habrá necesidad de proceder por la vía de una orden de búsqueda, si será necesaria la pericia de un especialista para operar computadores, etc.). Además, la jurisdicción peticionante debería hacer contacto temprano con Guernsey para explicar cualesquiera dificultades o restricciones con las que puedan estar operando en su investigación local.

Provisión de evidencia para el proceso en una jurisdicción extranjera

Si se requiere evidencia para un proceso en otra jurisdicción, deben tenerse presentes varios factores, entre ellos los siguientes:

- Las reglas de evidencia en la jurisdicción peticionante y las de Guernsey.
- La admisibilidad de la documentación, su preparación y expedientes³⁰⁵ para uso de las cortes.
- Problemas de idioma y transcripción.

304 Se encuentra disponible una guía electrónica en el sitio *web* de los Oficiales de la Ley: www.gov.gg/ccm/navigation/government/law-officers/advice/.

305 Paquetes de los documentos, paginados e indexados.

- Derechos de audiencia para asesores que ingresan a Guernsey que necesitan ser atendidos por el asesor de Guernsey.
- Asignación de tiempo de la corte adecuado (porque el sistema judicial es comparativamente pequeño), la disponibilidad de testigos y la disponibilidad de asesoría en ambas jurisdicciones.
- La posibilidad y logística de emprender la audiencia por teléfono o por enlace de televisión en vivo.³⁰⁶

Los casos complejos (de manejo múltiple o no) que impliquen acumulación sustancial de evidencia y contrainterrogatorios en Guernsey pueden requerir una significativa preparación por anticipado. Debe notificarse en forma realista sobre la necesidad de asistencia y el alcance requerido de ésta. Además, los casos complejos pueden tener una cubierta táctica; por ejemplo, un testigo puede buscar evitar asistir con el fin de demorar el caso. Una buena comunicación, cooperación y preparación se requieren tanto en el país peticionado como en el peticionante para que el caso proceda en forma llana.

La restricción de activos pendientes de proceso de decomiso

Se requiere la identificación de cuentas y la temprana comunicación con Guernsey, en particular si existe una urgencia real.

La inclusión de cantidades grandes o estructuras complejas ocasiona problemas particulares relacionados con la administración de las cuentas o estructuras pendientes de determinación del proceso y de procesos de decomiso. Estos problemas pueden incluir la preservación o mejora del valor de los activos, como cuando se ejecutan operaciones de comercio bajo paraguas de consorcios, o el pago de honorarios basado en instrucciones dadas antes de la restricción. Debe establecerse también la base sobre la que se han de pagar las tarifas de la institución yendo hacia delante.³⁰⁷ Existen también riesgos particulares relacionados con la pérdida de valor en una estructura o cuenta y el riesgo de acciones de negligencia que deben finiquitarse con alguna acción decisiva.

Surgen también problemas con el pago de honorarios legales, en particular sobre el grado al que puedan extraerse las sumas de fondos restringidos para honorarios legales y cómo pueda esto acomodarse, revisarse y sancionarse.

306 Ley de Justicia Penal (Cooperación Internacional) de 2001 del Alguacilazgo de Guernsey, enmendada, secciones 4A y 4B.

307 Aunque no ha surgido aún ningún precedente de la Corte Real, ha habido una cantidad significativa de litigios en escaramuzas en este campo.

Algunos de estos problemas pueden ser resueltos mediante el uso de órdenes en la jurisdicción peticionante para crear una presunción *de facto* (en oposición a *de jure*) en cuanto a cómo podría desear enfocar el asunto la corte en Guernsey en ausencia de provisión estatutaria expresa o precedente sobre un punto.

Registro y ejecución de órdenes de decomiso extranjeras

El registro y la ejecución de órdenes extranjeras en Guernsey requieren licencia para oficiar fuera de la jurisdicción; habiéndola obtenido, el oficio debe efectuarlo la jurisdicción peticionante. Antes de que pueda proceder la audiencia, debe efectuarse y evidenciarse el oficio por parte de la jurisdicción peticionante, lo que da como resultado un procedimiento que consume mucho tiempo.

Activos decomisados compartidos

En los casos de tráfico de drogas, Guernsey retiene los activos en ausencia de una convención aplicable o un acuerdo de activos compartidos. En todos los demás casos, Guernsey históricamente ha buscado repatriar los activos a las víctimas del crimen. El problema es identificar a las víctimas, pero no hay razón para suponer que esta política vaya a cambiar.

16

Órdenes extranjeras de restricción de activos NCB: revisión histórica de la ejecución en jurisdicciones que carecen de legislación recíproca de decomiso de activos NCB

Frederic Raffray*

En los últimos años, Inglaterra y Gales, Guernsey y la Isla de Man promulgaron o introdujeron legislación sobre el decomiso de activos NCB, que incluye provisiones de asistencia mutua legal relativas a la ejecución de órdenes de decomiso de activos NCB (órdenes civiles o *in rem*).³⁰⁸ Antes de la introducción de la legislación en este campo, el problema de la ejecución de una orden civil o *in rem* extranjera se presentaba a las cortes y las cortes de cada jurisdicción tenían que considerar si podía emitirse una orden de restricción bajo lo que se percibía como “poderes legislativos penales” si la orden extranjera pertinente se entendía como un veredicto civil o *in rem*. Gran parte del derecho de casos surgió en conexión con intentos de los Estados Unidos de ejecutar sus órdenes de restricción y decomiso *in rem* en estas jurisdicciones.

El propósito de esta contribución especial es demostrar mediante casos de ejemplo que, no obstante la ausencia de poderes legislativos dedicados al decomiso de activos NCB, los poderes estatutarios existentes pueden ser lo bastante amplios en algunas jurisdicciones de derecho común para acomodar y poner efecto a los veredictos de decomiso de activos NCB y los veredictos percibidos como civiles o *in rem*.

* Abogado de la Corona, Law Officers of the Crown Guernsey, escribiendo a título personal.

308 Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, Parte V; El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley sobre Procesos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey; Ley sobre Productos del Crimen de 2008 de la Isla de Man en Parte 1; Ley sobre Recuperación de Activos (Cooperación Internacional) de 2007 de Jersey (prevé el reconocimiento de órdenes de decomiso de activos NCB extranjeras) y Ley sobre Productos del Crimen (Incautación de Dinero) de 2008 de Jersey.

Inglaterra y Gales

En el caso *In re S-L (restraint Order: External Confiscation Order)*,³⁰⁹ la Corte de Apelaciones inglesa analizó si una orden externa de decomiso dentro de la Ley sobre Delitos de Narcotráfico de 1986 incluía los procesos civiles *in rem*. En ese tiempo, las cortes inglesas no tenían autoridad para expedir una orden civil *in rem*.

Los procesos se habían iniciado en los Estados Unidos y habían sido clasificados como civiles *in rem* porque eran contra la propiedad misma y no contra una persona. Además, no había procesos penales contra el acusado ni tampoco tenían los Estados Unidos intención de lanzar procesos penales; el acusado no había sido arrestado y se consideraba fuera del alcance de los Estados Unidos.

Ante la Corte de Apelaciones, la asesoría para el apelante no dependía tanto del hecho de que los procesos en los Estados Unidos eran civiles y no penales, como de la distinción entre procesos *in personam* (contra una persona nombrada) y procesos *in rem* (contra la propiedad).³¹⁰

La Corte de Apelaciones declaró:

- En una verdadera interpretación de la Orden 1990 de la Ley sobre Delitos de Narcotráfico de 1986 (Países y Territorios Designados), la Alta Corte tenía poder según la sección 8(1) de expedir una orden de restricción donde se había expedido, o era probable que se expidiese, una orden de decomiso externa que prohibía negocios en los productos de tráfico de drogas, en procesos civiles *in rem* en un país designado donde ninguna persona era nombrada como acusada.
- Las referencias a “una persona” y al acusado en la sección 1(3) no excluían la posibilidad de expedir una orden de decomiso externa según la sección 1(1) sin haber “una persona” nombrada como acusada ni la definición de la sección 1(3) era una definición exclusiva de “acusado”.
- En la sección 7 se identificaba la etapa de los procesos en la que podía expedirse una orden de restricción y no requería una forma particular de procesos, ni se utilizaba tampoco “el acusado” en el sentido limitado de la sección 1(3).
- Considerando el propósito de la Orden 1990, “acusado” no se interpretaba en el sentido de requerir procesos *in personam*.

En consecuencia, los “procesos contra el acusado” se debían interpretar en el sentido de incluir procesos civiles *in rem* en los que se reconocía el derecho de personas con un interés financiero en el resultado.

309 [1996] QB 272 Evans, Otton and Pill LJ.

310 Per Evans LJ en 281 B-C.

Jersey

En el caso *In the Matter of the Representation of Batalla-Esquivel*³¹¹ el representante buscó separar una *saisie judiciaire* (orden de restricción) de una propiedad en la que tenía un interés. El procurador General había obtenido la propiedad según las Regulaciones sobre Delitos de Narcotráfico (Países y territorios Designados) de 1997 de Jersey con base en que los procesos se iban a iniciar contra la propiedad del acusado en los Estados Unidos y podía expedirse una orden de decomiso externa. Según la ley de los Estados Unidos, la corte sólo tendría jurisdicción para expedir una orden de decomiso externa sobre los activos en Jersey si los activos se hubiesen sujeto primero a una *saisie judiciaire* por la Corte de Jersey, presentándolos por consiguiente dentro del control constructivo de la corte de los EUA.

El acusado argumentó que: 1) la corte sólo tenía jurisdicción donde los procesos eran *in personam* en oposición a *in rem* y que la decisión sobre el proceso *In re S-I* estuvo equivocada en este punto; 2) no hubo *saisie jurisdiction* otorgando control interpretativo sobre la propiedad a la corte de los Estados Unidos; y 3) hubo un retraso irrazonable.

La Corte Real mantuvo que tenía jurisdicción para otorgar un *saisie judiciaire*, al margen de si los procesos extranjeros eran *in rem* o *in personam*. La corte consideró el propósito de la legislación –reducir el tráfico de drogas– y halló que era indeseable adoptar un punto de vista restrictivo de la legislación. Al arribar a su decisión, la Corte Real halló que el caso *In re S-L* era de autoridad persuasiva y lo siguió. Además, la Corte Real encontró como cuestión de interpretación que las Regulaciones Insulares de Jersey no contenían requisito de que la corte extranjera debiese tener ninguna jurisdicción particular.

Isla de Man

En *In the Matter of Poyiadjis*³¹² la Alta Corte de Justicia del Personal de la División de Gobierno de la Isla de Man analizó si una orden externa de decomiso *in rem* podía registrarse como orden de decomiso externa de acuerdo con su Ley de Justicia Penal de 1990. El acusado argumentó que sólo podía registrarse un veredicto *in personam* en el derecho común y que si la legislatura había intentado desviarse de ese enfoque, lo habría especificado. La corte de primera instancia siguió el caso *In re S-L* con base en que la legislación de la Isla de Man era similar a la legislación inglesa considerada en *In re S-L*. La Alta Corte de la Isla de Man mantuvo la decisión en la apelación.

311 [2001] JLR 160 Corte Real (Bailhache, Bailiff), Ver también *In re Garden Trust Royal Court (Samedi Division)* 2 de mayo de 2003.

312 Unreported 17 February 2005 Tattersall QC JA, Newey QC Acting Deemster, en pars. 78-86.

Alguacilazgo de Guernsey

No existe reporte alguno de casos sobre este punto en la ley de Guernsey. Las autoridades han enfocado este problema con base en que la Corte Real de Guernsey adoptaría el mismo enfoque adoptado en la jurisdicción anterior, dadas las similitudes en las provisiones legislativas.

Hong Kong, China

La Alta Corte de Hong Kong [China], Corte de Primera Instancia de Región Administrativa Especial llegó a la misma conclusión, específicamente que los procesos de restitución civil de los Estados Unidos eran ejecutables según las provisiones legislativas de Hong Kong para la recuperación de “órdenes de decomiso externas”.³¹³

Conclusión

Los casos anteriores demuestran cómo se han concentrado las cortes en distintas jurisdicciones en la sustancia y no en la forma para determinar si reconocer o no el decomiso de activos NCB y las órdenes de restricción de jurisdicciones extranjeras. El hecho de que provisiones legislativas fuesen percibidas como de naturaleza penal no excluyó que las cortes se fijaran en el efecto sustantivo de la orden *in rem*. Las cortes no se preocuparon tanto sobre la naturaleza penal o civil de los procesos como sobre la cuestión sustantiva del efecto de las órdenes *in personam* e *in rem*.

313 *Anson Garment Ltd*, HCAL 187/2002, HKCU LEXIS 625 2003 [2003] 627 HLCU 1; *Re the Link Trading Co Ltd*, HCAL 187/2002, HKCU LEXIS 625 2003 [2003] 627 HLCU 1; Ver Ian Smith, Tim Owen y Andrew Bodnar, *Smith, Owen and Bodnar on Asset Recovery: Criminal Confiscation and Civil Recovery*, 2a edición (Oxford, RU: Oxford University Press, 2007), en par. 13.43.

17

Focalizar los productos del crimen: la perspectiva irlandesa

*Francis H. Cassidy**

Irlanda cuenta con soluciones legales bien desarrolladas dirigidas al decomiso de activos criminales, que incluyen un sistema de decomiso penal y un sistema de decomiso de activos NCB. El motivo primordial para la promulgación de soluciones más ambiciosas (esto es, el establecimiento de una agencia multidisciplinaria cuya única función fuese focalizar tales activos y la promulgación de un régimen de decomiso de activos NCB) fue una respuesta política a un repentino incremento en el crimen organizado y el asesinato de un detective y una periodista investigativa, Verónica Guerin. Se reconoció también que algunos criminales se habían situado más allá del alcance del código penal ordinario no participando en forma directa en la comisión de los delitos y con el estricto cumplimiento de códigos de reserva secreta entre los criminales. Con el fin de combatir con éxito dicho crimen organizado, fue necesario dar pasos para despojar a los involucrados del beneficio de su actividad criminal.

Irlanda introdujo las órdenes de decomiso penal contra personas condenadas por tráfico de drogas y otros crímenes graves por medio de su Ley de Justicia Penal de 1994. Esta ley contenía varias provisiones novedosas y constituyó una herramienta poderosa en la disuasión de la actividad criminal. Sin embargo, en el término de un año surgió presión política para promulgar medidas más ambiciosas que trataran con el tráfico de drogas y el crimen organizado, después de varios asesinatos de alto perfil. La legislación promulgada posteriormente incluyó la Ley de la Oficina de Activos Criminales de 1996 y la Ley sobre Productos del Crimen de 1996. El paquete legislativo dejó en efecto lo siguiente:

- La creación de un modelo de decomiso de activos NCB.
- El establecimiento de una agencia independiente, utilizando el concepto multidisciplinario, con la responsabilidad de focalizar y decomisar los productos de la conducta criminal.
- El uso de un Código Tributario en el recaudo de los productos de la conducta criminal.
- Provisiones específicas que permiten información confidencial compartida.

* Funcionario legal de la Criminal Assets Bureau; escribe a título personal.

El modelo de decomiso de activos NCB

La Ley sobre Productos del Crimen aplica conceptos de derecho civil, el viejo remedio equitativo del mandato, a los productos del crimen. En breve, si la Oficina de Activos Criminales (“la Oficina”) puede convencer a una corte en el balance de probabilidades de que la propiedad especificada es producto del crimen, la corte expedirá una orden interina sobre la propiedad impidiendo a cualquiera negociar con ella. Esta orden tiene una vigencia de 21 días, después de los cuales se efectúa una petición para una audiencia interlocutoria, con notificación a cualquier persona que tenga interés en esa propiedad. Si la corte considera que dicha propiedad es producto del crimen, a pesar de lo dicho por cualquier acusado, se pone en efecto una orden interlocutoria por un período de siete años. En el curso de ese tiempo cualquier persona que pueda convencer a la corte de que la propiedad no es producto del crimen puede actuar para levantar la orden. Si no se ha emitido dicha orden en el curso de esos siete años, la Oficina puede buscar una orden de disposición que extingue efectivamente los derechos de cualquier persona a las propiedades y la transfiere al tesoro público central.

Algunas de las características específicas de la Ley sobre Productos del Crimen en lo relativo al decomiso de activos NCB incluyen:

- La Ley se aplica a propiedad que tenga un valor de menos de £12.700 (unos US\$16.700), que directa o indirectamente constituya producto del crimen.
- La Ley constituye una solución de derecho civil que opera según procedimientos de derecho civil en la Alta Corte. Los asuntos de evidencia se determinan “en el balance de probabilidades”.
- La Alta Corte puede expedir una orden interina *ex parte* contra la propiedad a solicitud de un miembro del Servicio Nacional de Policía (An Garda Síochána) con rango no inferior al de Superintendente Jefe, una vez satisfecha de que la propiedad constituye directa o indirectamente producto del crimen (sección 2).
- La corte puede de ahí en adelante expedir una orden interlocutoria sobre la propiedad a petición dentro del término de 21 días, si considera que la propiedad constituye directa o indirectamente producto del crimen (sección 3) y se da notificación. Existe una distinción entre la prueba requerida al buscar una orden según la sección 2, así distinta de una orden de la sección 3; es decir, esta última se hace por notificación. Cualquier persona que reclame tener derecho sobre la propiedad puede presentar una petición de descargar el mandato (sección 3(3)).³¹⁴ En esa etapa la carga de la prueba en cuanto a la posesión legítima de la propiedad se desplaza al peticionante.

314 Aunque la sección 3(3) se diseñó principalmente para permitir que un acusado argumente que el caso de la Oficina es impreciso y que la propiedad focalizada tenía origen legítimo, se ha interpretado de forma que permita a las víctimas presentar reclamos sobre la pro-

- Una vez haya estado vigente la orden interlocutoria de la sección 3 por siete años la corte está facultada para expedir una orden de disposición que transfiera toda la propiedad para beneficio del tesoro central (sección 4).
- La corte está además facultada para variar la orden con el propósito de liberar fondos para gastos esenciales legales, de negocios y de vida (sección 6). Sin embargo, se demostró que las peticiones hechas bajo la sección 6 eran difíciles de establecer porque el peticionante debía convencer a la corte de que la variación era “esencial”. Como resultado, el departamento de Justicia estableció un esquema de ayuda legal con base *ad hoc*, que aseguraba que todos los acusados, aun con sus activos congelados, tenían acceso a ayuda legal, lo que significaba, en efecto, que rara vez se han requerido las solicitudes según la sección 6 para la liberación de fondos para gastos esenciales legales.
- La Ley estipula también el nombramiento de un receptor para administrar la propiedad o, como es más usual, venderla y depositar el producto en una cuenta bancaria con intereses, pendiente de orden adicional de la corte (sección 7). El funcionario legal de la oficina, un abogado, es siempre el receptor nombrado. Los objetos con valor depreciable, como vehículos de motor o ganado, se venden. La propiedad real se vende usualmente, aunque dichas ventas dependen del mercado. Ocasionalmente, el funcionario legal de la oficina actúa como propietario y recibe rentas.
- La Ley prevé que la creencia de un miembro del Servicio Nacional de Policía con rango no inferior al de Superintendente Jefe constituye “evidencia” (sección 8). La naturaleza de esta evidencia de rumor ha recibido críticas; sin embargo, las cortes la han aceptado, pero deben determinar el peso que se otorgue a la evidencia.
- La corte puede expedir una orden instruyendo a un acusado a suministrar detalles de sus ganancias en los seis años anteriores y a describir someramente sus activos (sección 9).³¹⁵
- La corte está facultada para expedir una orden de compensación a cualquier acusado de demostrarse que cualquier orden emitida bajo la Ley ha sido in-

propiedad focalizada. Un ejemplo es el caso de Matthew Schachter, en el que un producto de casi US\$5.000.000 fue devuelto de Irlanda a los Estados Unidos para beneficio de las víctimas de un gran fraude de seguros.

315 En *M v. D* (febrero de 1997), el juez Moriarty consideró si dicha orden podría violar el derecho del acusado contra la autoinculpación en el caso penal relacionado. La corte declaró que la orden requiere una indemnización del Director de Procesos Públicos en el sentido de que una divulgación resultante no se utilizaría en el curso de un juicio penal. Una enmienda estatutaria posterior decretó que una declaración preparada según una directiva de la sección 9 no puede utilizarse como evidencia en un juicio penal.

justa (sección 16). Por esta razón, es innecesario que el gobierno otorgue una garantía por daños como sería requerido ordinariamente por un solicitante de un mandato.

Distinciones entre el decomiso penal y el decomiso de activos NCB en Irlanda

- El primero requiere una condena.
- El primero actúa *in personam* contra un condenado, mientras el segundo actúa *in rem*, actuando sobre la propiedad que constituye producto del crimen.
- El primero opera sobre el beneficio o ganancia, mientras el segundo opera sobre la propiedad.
- La solución otorgada por el primero constituye una deuda de veredicto a favor del Director de Procesos Públicos, que puede ser ejecutada inmediatamente, mientras el segundo sólo otorga un mandato, que debe permanecer vigente por siete años antes de la emisión de una orden de disposición.
- El primero aparece por procesos penales, mientras el segundo opera al margen de tales procesos.

Fortalezas de un modelo decomiso de activos NCB

- No existe evidencia de selectividad.
- Todos los productos van al fondo central.
- Dado que su operación se financia con el fondo central no existe el “motivo de beneficio de la agencia”.
- La ayuda legal está disponible, donde sea apropiada.
- Ninguna orden puede expedirse si la corte está convencida de que habría una injusticia grave.
- Hay compensación disponible si se demuestra que las órdenes de la corte son incorrectas en la expedición de órdenes iniciales de congelación.
- No afecta a los derechos de propiedad existentes válidos.
- Constituye una respuesta proporcional a un malestar social importante.

Retos para el decomiso de activos NCB en Irlanda

En el curso de las solicitudes hechas bajo la Ley sobre Productos del Crimen, varios acusados han cuestionado la validez constitucional de la Ley. Muchos de los argumentos constitucionales reflejan argumentos que podrían haber surgido bajo la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales si la Convención hubiese formado parte de la legislación local irlandesa (como la forma ahora).

Casi todos los puntos pertinentes fueron atendidos por la Corte Suprema en los casos de *Gilligan v. Ireland, Attorney General, Criminal Assets Bureau and Others* y *Murphy v. GM, PB, PC Ltd., and GH*, apelados a la Corte Suprema y oídos por ésta en conjunto.³¹⁶ Los siguientes son algunos de los argumentos presentados y la determinación de las cortes.

1. La Ley viola el artículo 38 de la Constitución porque constituye un proceso penal con otro nombre (derecho civil sucedáneo) y el proceso civil aplicado no garantiza las protecciones requeridas “en el debido curso de la ley” como la presunción de inocencia, el estándar de prueba penal de “más allá de la duda razonable” y el derecho a un juicio con jurado.³¹⁷ Se declaró que: Estos procesos de decomiso son de naturaleza civil y no penal. “No existe provisión para el arresto o detención de ninguna persona, para admisión de libertad bajo fianza para las personas, para prisión a una persona por el no pago de una pena, para una forma de Juicio Penal iniciado por emplazamiento o acusación, para el registro de una condena de cualquier forma o la entrada de un *nolle prosequi* en cualquier etapa, siendo todos estos elementos que indicarían que la Ley crea un delito penal”. “En general tal decomiso no constituye un castigo y su operación no requiere procedimientos penales”. Las protecciones bajo el artículo 38(1) no son aplicables ya que los procesos de decomiso son civiles y no penales.
2. La Ley constituye una reversión de la carga de la prueba (estándar). Se declaró que: La reversión sólo opera después que la corte esté convencida de que ciertos asuntos han quedado establecidos. Además, existe el derecho a contrainterrogatorio. Finalmente, no hay falla constitucional en requerir que la persona que pretende la propiedad niegue la inferencia de que se ha cometido un delito penal.
3. La Ley viola un derecho contra la autoinculpación bajo el artículo 38 de la Constitución (procesos justos).³¹⁸ Se declaró: La corte estuvo de acuerdo con Moriarty J. en el caso *M v. D* (febrero de 1997). Antes de que se emita una orden bajo la sección 9 de la Ley, se requiere una indemnización del Director de Procesos Públicos en cuanto a que las revelaciones resultantes de la orden no serán utilizadas en el curso de un

316 [2001] IESC 92 (Corte Suprema de Irlanda).

317 Se presentó un argumento similar en el contexto de un “derecho a juicio justo” bajo el artículo 16 del ECHR en *Walsh v. Director of the Assets Recovery Agency* [2005] NICA 6 (Corte de Apelaciones en Irlanda del Norte). Ver también concepto básico 14 en la Parte B.

318 Se presentó un argumento similar en el contexto de un “derecho a juicio justo” bajo el artículo 6 del ECHR en *Saunders v. United Kingdom* [1996] 23 EHRR 313. Véase también concepto básico 2 en la Parte B.

juicio penal. La sección 11 de la Ley sobre Productos del Crimen Enmendada de 2005 da efecto estatutario a este juicio.

4. La Ley, por su operación de la sección 6, restringe el derecho de un acusado del acceso a la corte.

Se declaró: La estructura de la sección 6 no es distinta de ninguna petición de ayuda legal. Aun según el veredicto de Gannon J. en el caso *State (healy) v. Donoghue* [1976 IR 325], nadie está facultado automáticamente para ayuda legal y deben demostrarse tanto necesidad como carencia de medios.

5. La Ley en su operación viola los derechos a la propiedad privada.³¹⁹

Se declaró: La Ley sobre Productos el Crimen de 1996 no prevé penalidades ni decomisos laboriosos y de largo alcance, sino que éstos están directamente conectados con el establecimiento a la satisfacción de la corte de que la propiedad en cuestión es directa o indirectamente producto del crimen. El Estado tiene un legítimo derecho en el decomiso de productos del crimen. El derecho a la propiedad privada no puede tener un lugar tan alto en la jerarquía de derechos que proteja la posición de activos adquiridos o mantenidos ilegalmente.

6. La Ley viola el artículo 15(5) de la Constitución porque tiene efectos retrospectivos.³²⁰

Se declaró: La adquisición de activos derivados del crimen era una actividad ilegal antes de la aprobación de la Ley y no pasó a ser actividad ilegal a causa de la Ley.

7. Una orden de censura mundial viola el “respeto a la estima” entre los estados, a saber, que un Estado no actuará en forma que viole claramente la soberanía de otro.

Se declaró: No hubo violación del concepto de respeto a la estima porque la orden opera *in personam* *Darby v. Weldon* (No. 2).³²¹

En el caso *DPP v. Kart Dempsey*, el demandante argumentó que el decomiso de activos NCB constituía un abuso de proceso porque había procesos existentes bajo la Ley sobre Productos del Crimen por la misma propiedad. La corte sostuvo que no era abuso de proceso, centrándose en la sección 3(7) de la Ley sobre Productos el Crimen, que prevé que cuando una orden de decomiso se relaciona con propiedad congelada bajo la Ley, tal mandato se mantendrá vencido.

319 Se presentó un argumento similar en el contexto de los derechos de propiedad bajo el Protocolo 1 de la ECHR en *Philips v. United Kingdom*, Eur. Ct.H.R. No. 41087/98 (5 de julio de 2001).

320 Se presentó un argumento similar en el contexto del artículo 7 de la ECHR y en *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, Eur. Ct.H.R., petición No. 696/05 (julio 10 de 2007). Ver también concepto básico 8 en la parte B.

321 [1989] All E.R. 1002/1011 (Reino Unido). Ver también recuadro 6.1.

Finalmente, en *McK v. D*,³²² la Corte Suprema trató un asunto de interpretación estatutaria sobre si las palabras “productos del crimen” podían incluir delitos penales cometidos en el exterior sin una provisión expresa sobre la penalidad extranjera. La corte comparó la Ley sobre Productos del Crimen con otras varias leyes del parlamento y declaró que la Ley sobre Productos del Crimen no se aplicaba a delitos cometidos en el exterior. Este vacío se corrigió desde entonces con enmienda estatutaria.

La oficina de activos criminales

La Oficina de Activos Criminales es un órgano de varias agencias que comprende miembros de la policía nacional, funcionarios de los Comisionados de Rentas (impuestos y aduanas), funcionarios del Departamento de Asuntos Sociales, Comunitarios y familiares (Bienestar Social), junto con un Funcionario Legal de la Oficina y personal administrativo y técnico (*ver* gráfico 17.1). La mayor fuerza de la Oficina es su capacidad de intercambiar información, cooperar y, en consecuencia, evitar las usuales dificultades burocráticas que afectan a la mayoría de las grandes agencias del gobierno. Esta cooperación se efectúa por medio de legislación que permite la divulgación de cierta información y material entre los funcionarios de la oficina y entre la oficina y miembros del Servicio Nacional de Policía, los Comisionados de Rentas y otras agencias del gobierno en cumplimiento de sus objetivos estatutarios. Asimismo, todos los funcionarios de la Oficina y el personal (abogados y contadores) trabajan juntos en un edificio, lo que facilita también la cooperación y la asesoría contable legal y forense a su interior.

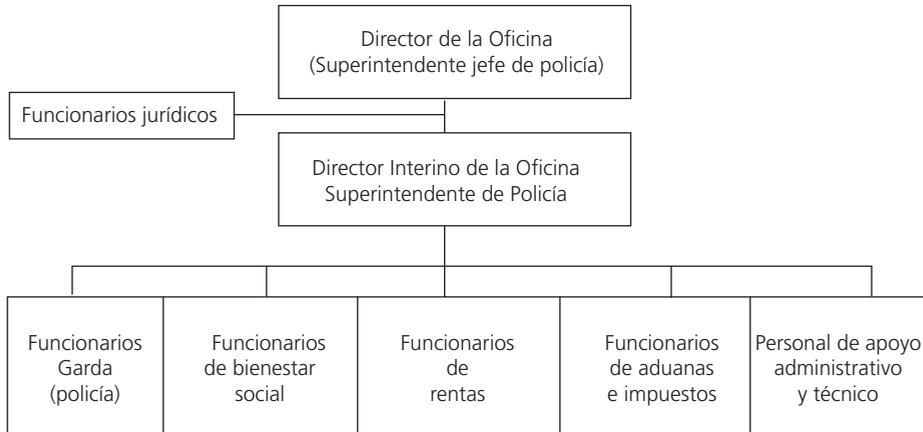
La Oficina es un órgano estatutario y debe remitir un informe anual de sus actividades, a través del Comisionado del Servicio Nacional de Policía, al Ministro de Justicia, Igualdad y Reforma de la Ley, quien entonces lleva el informe al parlamento. La Oficina la financia exclusivamente el tesoro, no tiene objetivos financieros preestablecidos que cumplir y devuelve todos los fondos generados al tesoro.

Los objetivos y funciones de la Oficina están contemplados en las secciones 4 y 5 de la Ley de Oficina de Activos Criminales (*ver* recuadro 17.1). La función primaria de la Oficina es utilizar todas las soluciones legales disponibles para el Estado en procura de delincuentes importantes focalizados. La herramienta principal utilizada para cumplir este objetivo es la Ley sobre Productos del Crimen de 1996;³²³ sin embargo, la Oficina utiliza también el Código Penal, el Código tributario y el Código

322 [2004] 2 ILRM 419 [2004] IESC 31 (mayo 17 de 2004) (Corte Suprema de Irlanda). *Ver también* recuadro 5.2.

323 Aunque la Ley sobre Productos del Crimen es operada generalmente por la Oficina de Activos Criminales, está disponible también a cualquier miembro del Servicio Nacional de Policía con rango no inferior al de Superintendente Jefe.

Gráfico 17.1 Estructura de la Oficina de Activos Criminales de Irlanda



Fuente: el autor.

de Bienestar Social. El Código Tributario en particular ha demostrado ser una herramienta valiosa debido a la eficacia de la legislación y el desarrollo de la Oficina de Activos Criminales. Por ley, los beneficios obtenidos por conducta criminal pueden ser gravados y los Comisionados de Rentas tienen amplios poderes de investigación, búsqueda y recaudo. Antes de la institución de la Oficina, los Comisionados de Rentas estaban menos dispuestos a buscar casos criminales por temor de su seguridad. Sin embargo, el establecimiento de la Oficina incrementó la seguridad del proceso, con protecciones adicionales para los funcionarios de oficina, anonimato, y acceso a la información policial. Lo mismo se aplica a los funcionarios de la Oficina de Bienestar Social que han demostrado poco titubeo en detener los derechos al Bienestar Social y en buscar pagos adicionales.

Los funcionarios no están limitados por estas provisiones, pues retienen sus poderes como funcionarios de sus agencias matrices.³²⁴ Por ejemplo, los miembros del Servicio Nacional de Policía que son miembros de la oficina continúan investigando, dando evidencia y donde sea necesario, procesan delitos penales. Esto fue respaldado por revisión judicial.³²⁵

324 Ley de Oficina de Activos Criminales de Irlanda, sección 8(2).

325 *Criminal Assets Bureau v. James Gantley* (los poderes del funcionario, que mantuvo con el Departamento de Bienestar Social, como funcionario de bienestar social, eran todavía susceptibles de ser ejercidos por él en su asignación de la Oficina).

Recuadro 17.1 *Poderes y funciones de la Oficina de Activos Criminales de Irlanda**Objetivos de la Oficina*

4. Sujeto a las provisiones de esta ley, los objetivos de la Oficina serán:
- a) La identificación de activos, donde se encuentren situados, de personas que los derivan, o se sospecha que derivan, directa o indirectamente de la actividad criminal.
 - b) El ejercicio de acción apropiada bajo la ley para despojar o denegar a aquellas personas de los activos o el beneficio de tales activos, en todo o en parte, según sea apropiado.
 - c) La búsqueda de cualquier investigación o la ejecución de cualquier otra tarea preparatoria en relación con cualquier proceso que surja de los objetivos mencionados en los parágrafos (a) y (b).

Funciones de la Oficina

5. 1) Sin perjuicio de la generalidad de la sección 4, las funciones de la Oficina, operando a través de sus funcionarios, serán las de ejercer todas las acciones necesarias---
- a) de acuerdo con las funciones Garda, para propósitos del decomiso, restricción de uso, congelación, preservación o incautación de activos identificados como derivados, o bajo sospecha de ser derivados, directa o indirectamente, de la actividad criminal.
 - b) Bajo las Leyes de rentas o cualquier provisión de cualquier otra promulgación, sea aprobada antes o después de la aprobación de esta Ley, que se relacione con rentas, asegurar que los productos de la actividad criminal o bajo sospecha de actividad criminal estén sujetos a impuesto y que las Leyes de rentas, donde sean apropiadas, se apliquen totalmente con relación a dichos productos o actividades, según sea el caso.
 - c) Bajo las Leyes de Bienestar Social para la investigación y determinación, según sea apropiado, de cualquier reclamo de beneficios o con respecto a ellos (dentro del significado de la sección 204 de la Ley de Bienestar Social (Consolidación) de 1993) por cualquier persona que se ocupe en actividad criminal.
 - d) A petición del Ministro de Bienestar Social, investigar y determinar, según sea apropiado, cualquier reclamo de beneficio o con respecto a él, dentro del significado de la sección 204 de la Ley de Bienestar Social (Consolidación) de 1993, donde el Ministro de Bienestar Social certifique que existe base razonable para creer que, en el caso de una investigación particular, los funcionarios del Ministerio de Bienestar Social pueden estar sujetos a amenazas u otras formas de intimidación, y tales acciones incluyen, cuando sea apropiado, con sujeción a cualquier acuerdo internacional, cooperación con fuerza de policía, o cualquier otra autoridad, siendo una autoridad tributaria o autoridad de seguridad social, de un territorio o Estado distinto al Estado.
- 2) En relación con los asuntos a que se refiere la subsección 1), nada en esta Ley será interpretado en el sentido de que afecte o restrinja en ninguna forma:
- a) Los poderes o deberes de la Garda Síochána, Los Comisionados de Rentas o el Ministro de Bienestar Social.
 - b) Las funciones del Procurador General, el Director de Procesos Públicos o el Contralor Jefe del Estado.

Medidas provisionales

La sección 14 de la Ley de Oficina de Activos Criminales otorga a la oficina capacidad de obtener órdenes de búsqueda, provisión que ha sido muy efectiva.

14. (1) Un juez de la corte del Distrito, al oír información o juramento dado por un funcionario de oficina miembro de la Garda Síochána [policía nacional] puede, si está convencido de que existe base razonable para sospechar que la evidencia o relación con los activos o productos derivados de actividades criminales, o a su identidad o paradero, se va a encontrar en cualquier lugar, expedir una orden para la búsqueda de ese lugar y cualquier persona hallada en él.

En situaciones de emergencia, un funcionario de la oficina miembro de la policía nacional, con rango no inferior al de Superintendente, puede expedir una orden de búsqueda si está convencido de que las circunstancias ameritan la emisión inmediata de una orden de búsqueda y las circunstancias hacen que sea impráctico solicitarla a un juez de la Corte de Distrito.³²⁶ La orden emitida por un juez de distrito es válida por siete días y la emitida por un Superintendente es válida por 24 horas.

Además, la Oficina tiene también su Orden de Producción. Mediante solicitud a una Corte de Distrito, puede expedirse una orden instruyendo a una persona a suministrar materiales específicos. Dichas órdenes se aplican por lo general a entidades bancarias y, ocasionalmente, oficinas de contadores o abogados.

Anonimato

Debido al aspecto anticipado de la seguridad de las funciones de la Oficina, la Ley contiene provisiones diseñadas para proteger el anonimato de ciertos funcionarios de la oficina. Esto no se aplica al Director, al Funcionario Legal de la Oficina, a cualquier miembro de la policía nacional, ni al Contralor de la Oficina. La provisión expresa que:

Deben tomarse todas las medidas para garantizar que no se revele la identidad de un funcionario de la oficina que sea también funcionario de los Comisionados de Rentas, o del Ministerio de Asuntos Sociales, Comunitarios y Familiares, o miembro del personal de la Oficina.³²⁷

La Ley prevé también que cuando tales funcionarios estén ejerciendo sus poderes o deberes, deben estar acompañados por un funcionario de la oficina que sea miembro de la policía nacional, y no se les exigirá identificarse. Además, al ejercer cualquier poder o deber por escrito, el ejercicio será a nombre de la Oficina. En los procesos

326 Ley de Oficina de Activos Criminales de Irlanda, sección 14.

327 Ley de Oficina de Activos Criminales de Irlanda, sección 14.

de corte no se revelará la identidad de tales funcionarios. Si tienen que presentar evidencia, el juez puede, a solicitud del Director de la Oficina, dar direcciones sobre el mantenimiento del anonimato. Aunque existe la provisión para recibir las evidencias en forma oculta, nunca se ha pretendido u otorgado. Generalmente, dicha evidencia se presenta en corte abierta, sólo que sin revelar el nombre y dirección del funcionario de la oficina.

Cualquier violación de estas provisiones constituye un delito penal. Existen además delitos por asalto, obstrucción o intimidación de funcionarios de la oficina.

Resultados

Desde 1996 se han congelados activos que sobrepasan €70 millones (aproximadamente US\$92,3 millones) y se han recaudado fondos tributarios que superan los €100 millones (unos US\$131,8 millones). Existe poca duda de que estos esfuerzos han causado impacto en la criminalidad dentro de la jurisdicción. La recuperación de activos es considerada como un disuasivo para quienes esperan beneficiarse por sus crímenes, reduciendo así el número de delitos procesables. Es también eficaz para eliminar los fondos requeridos para operaciones criminales, socavando así la influencia de ciertos criminales.

El éxito del modelo de decomiso de activos NCB inicialmente tendió a eclipsar el modelo penal, ocasionando que éste fuese subutilizado; sin embargo, ya se ha tratado la cuestión y, mientras distintas agencias estatales operan los distintos modelos, las vías de información y protocolos están en función para facilitar la cooperación mutua entre esas agencias, asegurando el uso eficaz de ambas soluciones.

La eficacia del modelo irlandés tiene reconocimiento internacional y, como resultado, la Oficina ha recibido visitas de agencias equivalentes de otras jurisdicciones y continuará asistiendo a las que puedan interesarse en desarrollar soluciones similares en interés de focalizar efectivamente los frutos de la actividad criminal.

18

Recuperación de activos robados: un caso de Kuwait

*Dr. Mohammad A.A. Al Moqatei**

Durante un período de cuatro años entre 1989 y 1992, el gobierno kuwaití fue víctima de dinero robado, mal habido y malversado. La Kuwaiti Investment Office (KIO), parte de la Kuwait Investment Authority (una organización gubernamental acreditada de inversiones) perdió US\$5.000 millones en sus inversiones en España a través de las oficinas de la KIO en Londres. La Kuwaiti Investment Office informó pérdidas de US\$3.800 millones como resultado de una conspiración criminal, que incluyó, pero no se limitó a, malas inversiones, el reembolso de los precios de las acciones como resultado de la emisión de nuevas acciones y la malversación de dichas inversiones por parte de algunos funcionarios de la alta administración.

Dineros no contabilizados por un total de US\$1.200 millones fueron considerados como faltantes (esto es, robados, malversados o mal habidos). La mayoría de las pérdidas divulgadas ocurrieron durante la invasión iraquí de Kuwait (de agosto de 1990 a febrero de 1991). Se sospechó que los dineros faltantes habían sido robados o malversados por algunos de los principales funcionarios de la administración de KIO, incluidos miembros de la Familia Real que manejaban la oficina. También fueron considerados acusados bancos, contadores y abogados en la conspiración o casos de malversación de los US\$1.200 millones faltantes.

Entre abril y agosto de 1991, asumió la administración de la KIO un nuevo equipo, que descubrió las pérdidas en que había incurrido la administración anterior y, como resultado de su descubrimiento, lanzó una investigación sobre los activos faltantes. Se nombró consejería legal para asesoría y para dirigir el desarrollo de un proceso legal para intervenir en el asunto.

Acción propuesta

Se consideró que una acción legal contra los sospechosos acusados era un paso fundamental para salvaguardar los dineros del Estado y mantener su imagen. Esta acción

* Profesor de derecho de la Kuwait Law School y anteriormente consejero legal de la Kuwait Investment Authority y coordinador del Kuwait Legal Team, escribiendo a título personal.

legal fue realizada como un paso crucial para impedir crímenes de robo del dinero del Estado. Era importante fijar requisitos necesarios al tratar la situación porque asuntos de sensibilidad política y la imagen de la nación estaban en juego.

Se efectuaron los siguientes acuerdos a fin de asegurar el éxito de la iniciativa:

- Formación de un equipo nacional con las capacidades necesarias para desarrollar, comprender y crear políticas eficaces para intervenir en los asuntos en cuestión;
- Obtención y aseguramiento de voluntad política y apoyo nacional para mantener la acción legal a lo largo del proceso legal.
- Asegurar que el gobierno, el parlamento y el equipo nacional resistirían todas las presiones e interferencias en el proceso.
- Admisión de que tales esfuerzos serían costosos y tomarían mucho tiempo, pero afectarían la imagen del Estado si se abandonaba la acción en una etapa temprana.
- Una estrategia para tratar con los medios de comunicación y los problemas de bochorno público que surgirían de las acciones e investigaciones legales.

Equipo nacional: tareas prioritarias

Se creó un Equipo Nacional que estuvo conformado por cuatro kuwaitíes, todos con extensa experiencia y calificaciones legales superiores. Se exigía que los integrantes del equipo hablaran con fluidez árabe e inglés y tres de ellos fueron ubicados en Londres de tiempo completo (en las oficinas de KIO) para hacer lo siguiente:

- Configurar una visión estructural para llevar el caso mundialmente y manejar las empresas internacionales de derecho y contabilidad ocupadas en el caso.
- Desarrollar e implementar los siguientes pasos en el proceso legal:
 - Iniciar acciones ofensivas, en lugar de situarse en posiciones defensivas, lo que requería listar cualquier acción defensiva a situaciones apremiantes.
 - Determinar la naturaleza de las acciones legales que se debían iniciar al tratar con malversación o conspiración y acciones de recuperación, incluidas las penales, civiles, interlocutorias y acuerdos.
 - Identificar las jurisdicciones para las acciones legales.
 - Distribuir y asignar tareas y responsabilidades legales del equipo.
 - Definir el papel de las empresas legales en el manejo de los casos y el inicio de litigios.
 - Adquirir asistencia técnica (financiera y legal) según se estimara que se requería.
 - Determinar los asuntos legales clave que debían atenderse o enfrentarse, inclusive:

- dispensa de inmunidad estatal.
 - estatutos de limitación.
 - elección de acusados.
 - elaboración de listas de testigos, particularmente entre los acusados potenciales.
 - tratar con amenazas de descubrimiento, incluso presiones políticas y bochorno público que pudiesen resultar de la divulgación de documentos sensibles.
- Colaborar en los procesos judiciales (asistencia técnica legal).

Alcance de las acciones legales

Debido a la complejidad del caso, el rápido movimiento de los dineros y la necesidad de la localización inminente del origen de los activos, el Equipo Nacional inició acciones legales en 19 países y jurisdicciones, entre ellos las Bahamas, Bahrain, las Islas Caimán, Italia, Jersey, Kuwait, Singapur, España, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos.

Las acciones fueron diversas, desde el decomiso de activos NCB o acción compensatoria (o ambos) hasta acciones penales interlocutorias, a saber, órdenes de congelación y divulgación.

Las acciones civiles privadas fueron presentadas tanto contra entidades como contra individuos. En estos casos se iniciaron acciones de recuperación de activos, acción compensatoria, sindicatura y quiebra, y divulgación de consorcios.

Los casos penales incluyeron los de malversación, conspiración, consorcios fiduciarios y falsificación de documentos. Estos casos se dirigieron a acusados individuales.

Se ejercieron y adaptaron también acciones interlocutorias, inclusive órdenes de congelación mundiales y veredictos sumarios (órdenes de endoso extranjeras). Se lanzaron varios mecanismos de localización de origen de fondos y acciones de descubrimiento, como órdenes de divulgación (conocidas como Norwich Pharmacal Order).

Mediante los esfuerzos del Equipo Nacional, se obtuvieron más de 30 condenas y se lograron cerca de 46 órdenes, la mayor parte de las cuales fueron de decomiso de activos NCB. Con estas acciones se obtuvieron veredictos de recuperación de US\$1.011 millones para enero de 2008. El Equipo pudo recuperar US\$548 millones del total de US\$1.011 millones, además de la obtención de 12 órdenes de compensación contra entidades como bancos y empresas de contabilidad. Más de 180 órdenes fueron colocadas con respecto a la localización del origen de dineros e iniciativas de congelación de dineros. También se lograron varios acuerdos de solución mutuos en algunos de estos casos o partes de ellos.

Cómo pueden trabajar las acciones legales para lograr la recuperación

En el caso de Kuwait, el Equipo acordó lanzar litigios civiles privados o acciones ante las cortes afectadas en las jurisdicciones apropiadas. Esta estrategia fue aprobada por la KIO, la Kuwait Investment Authority y el gobierno de Kuwait, con reconocimiento del alto costo, el marco temporal, el bochorno y la presión política, y la publicidad de los medios que estarían asociados con la estrategia y las acciones prescritas. El propósito principal de la estrategia era lograr la recuperación de los activos, principalmente por medio de litigios civiles y acciones de decomiso privado, aunque sin excluir asistencia judicial penal o civil de un Estado peticionado. El Equipo eligió la acción civil privada dentro del proceso legal del RU para mantener el control del litigio, en lugar de iniciar acción penal, lo que incluiría la Oficina de Fraudes Graves o Complejos en el Reino Unido.

Enseñanzas

Las acciones civiles privadas pueden ser exitosas, pero, con todo, no pueden lograr el éxito sin la voluntad política y el apoyo nacional. Con el apoyo de los poderes políticos, debe escogerse un Equipo Nacional competente y especializado y otorgarle la discreción y el poder necesarios para manejar la acción legal implementando políticas e investigaciones sobre activos robados. Los países deben esperar que los esfuerzos para combatir la corrupción sean costosos y tomen mucho tiempo y produzcan una intensa publicidad y bochorno. A pesar de estos problemas, las acciones para la recuperación de activos bien valen la pena proteger la imagen del Estado.

Los siguientes elementos fueron de la mayor importancia para el éxito en la recuperación de activos en el caso de Kuwait:

- El establecimiento de un Equipo Nacional dedicado y competente fue crucial para el éxito de la iniciativa.
- Se aseguró la voluntad política para garantizar el éxito en la recuperación de los activos.
- La eliminación de las presiones contribuyó a lograr éxitos de gran progreso para los esfuerzos de recuperación de activos robados.
- Los procesos se iniciaron contra individuos y no contra entidades, lo que produjo menos resistencia y menos batallas legales.
- Las acciones de derecho privado constituyeron, por varias razones, una vía bien establecida para la recuperación de los activos.

19

Medidas sobre administración de activos en Tailandia

*Mayor General de la Policía Peeraphan Premabhuti**

El lavado de dinero ha representado un gran problema para el gobierno de Tailandia durante décadas y éste, preocupado porque el aumento en crimen organizado transnacional amenazara la estabilidad y prosperidad del país, promulgó la Ley para el Antilavado de Activos de 1999 (AMLA)³²⁸, que instituyó la Oficina para el Antilavado de Activos (AMLO) con el fin de adoptar medidas efectivas contra el lavado de dinero. La AMLO es una agencia independiente de ejecución de la ley y regulatoria bajo la supervisión del Ministerio de Justicia y opera bajo la dirección de la Junta para el Antilavado de Activos (AMLB),³²⁹ que preside el primer ministro o su delegado.

La AMLO es responsable de la investigación de casos de lavado de dinero para el decomiso de activos NCB y según las provisiones de la AMLA 1999, se combaten nueve delitos sobre lavado de dinero (*ver* gráfico 19.1), relacionados con narcóticos, tráfico de mujeres y niños, tráfico humano, fraude público, malversación de entidades financieras, mala conducta en el cargo, extorsión y chantaje, evasión de impuestos, violaciones a la ley sobre elecciones, terrorismo y juego ilegal.³³⁰ La AMLO tiene amplios poderes para identificar, localizar el origen, buscar, restringir e incautar productos ilegales implicados en lavado de dinero. Con aprobación de la corte, la AMLO está facultada para realizar vigilancia electrónica a fin de obtener evidencia de lavado de dinero. La AMLO sirve también como la unidad de inteligencia financiera de Tailandia y, además,

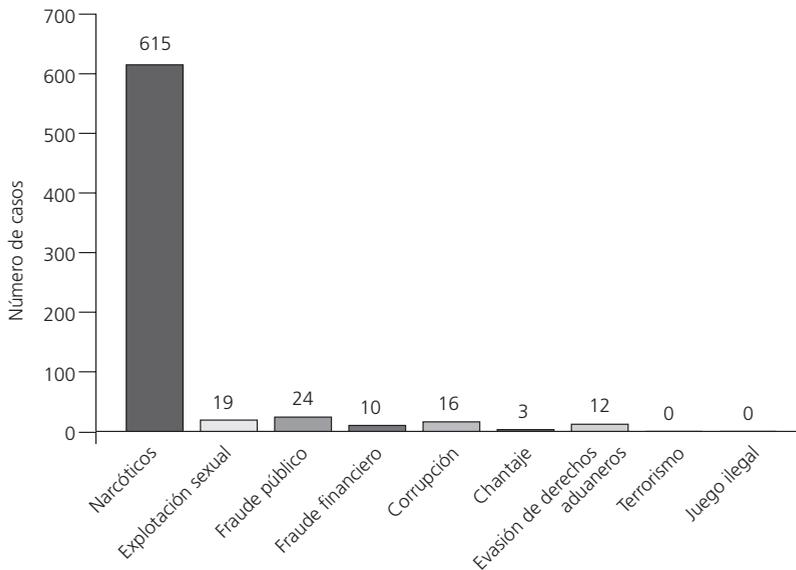
* Consejero del Primer Ministro, escribiendo a título personal.

328 La Asamblea Nacional promulgó la ley en marzo 19 de 2542. Fue publicada en la Royal Gazette, Volumen 116, Parte 29 Gor. el 21 de abril de la E.B. 2542. Vigente desde agosto 19 de 1999. (E.B. = era budista. Restar 543 a la era budista para convertir a era cristiana).

329 La sección 24 de la AMLA fue reemplazada por la sección de la misma (No. 2), E.B. 2551 (2008).

330 La sección 3 de la AMLA 1999 y el Código Penal fueron enmendados el 25 de agosto de 2003 para criminalizar el terrorismo, cumplir con la Resolución 1373 de la ONU y crear el delito de financiación terrorista. El juego ilegal fue declarado como delito por el parlamento y constituyó el noveno delito predicado bajo la AMLA, a partir del 2 de marzo de 2008.

Gráfico 19.1 Propiedad incautada y anexada bajo la AMLA, clasificada por delitos subyacentes. Octubre 27 de 2000 a marzo 31 de 2008



Fuente: el autor.

Nota: el total es de 699 casos por valor de 4.124,61 millones de baht (US\$117.800.000).

tiene responsabilidad por la custodia, administración y disposición de propiedades capturadas y decomisadas.

Conforme a las secciones 48 y 49 de la AMLA 1999, sin una orden de la corte, pero con una del Comité de Transacciones de la AMLO, sí existe causa probable para creer que un activo³³¹ se relaciona con un delito predicado o lavado de dinero, los investigadores pueden capturar ese activo temporalmente por un período no mayor de 90 días. Durante ese tiempo, la AMLO puede continuar acumulando evidencia para someter el asunto al fiscal para el inicio de procesos de decomiso.

331 Según la sección 3 de la AMLA, la propiedad confiscable comprende:

- 1) Dinero o activos obtenidos por un acto de lavado de dinero en uno o más delitos subyacentes o la colaboración y el apoyo de dicho acto.
- 2) Dinero o propiedad obtenidos mediante distribución por cualquier medio del mencionado dinero o propiedad en (1).
- 3) Los productos de (1) o (2); o
- 4) Dinero o activos utilizados para cometer un delito predicado o facilitar la comisión de un delito predicado.

Una vez incautado un activo por la AMLO, queda bajo su Oficina de Administración de Activos, para cuidarlo, preservarlo hasta su decomiso y disponer de él. La Oficina de Administración de Activos es una de cinco oficinas y dos divisiones de la AMLO. En marzo de 2008, la AMLA fue enmendada para, entre otras cosas, expandir el papel de la AMLO en la administración de los activos,³³² crear un fondo de decomisos, imponer controles fuertes sobre el manejo de los activos capturados, asegurar la transparencia y asegurar que ninguna persona tenga individualmente autoridad plena sobre todos los aspectos de la administración de los activos. De acuerdo con la Regulación Ministerial sobre la Organización del Trabajo de la AMLO de diciembre de 2007, la Oficina de Administración de Activos es responsable de los siguientes deberes:

- Preparar el sistema contable sobre la propiedad incautada o anexada, almacenar y mantener la propiedad incautada o anexada, remitir la propiedad confiscada al Ministerio de Finanzas, devolver la propiedad incautada o anexada que haya sido liberada al dueño de la propiedad y evaluar los activos de acuerdo con la AMLA.
- Establecer el sistema de administración de activos, manejar los problemas sobre el uso de la propiedad incautada o anexada por parte de acusados, arriendo de la propiedad, nombramiento de administrador, e inspección de la propiedad, para propósitos de la administración de los activos según la AMLA.
- Administrar el trabajo sobre leyes y regulaciones relativas a la administración de los activos, inclusive la ejecución y el cumplimiento obligatorio de la ley contra cualquier persona que viole las reglas de la administración de los activos.
- Supervisar las subastas de acuerdo con la AMLA o con una asignación del Ministerio de Finanzas o de la corte.
- Funcionar como secretaria del Comité de Subastas, el Comité de Evaluación sobre Daños y Depreciación y el Comité de Evaluación sobre el Valor de la Propiedad.
- Cooperar con la actuación de otras agencias interesadas o apoyarla, o realizar el trabajo asignado.

Véase el gráfico 19.2 para la forma en que está estructurada la Oficina de Administración de Activos para el cumplimiento de sus objetivos.

332 Los artículos 2 y 3 de la Regulación Ministerial sobre Organización de Unidades de Trabajo bajo la AMLO 2002 autorizan el establecimiento de la División de Administración de Activos (ahora Oficina de Administración de Activos) para mantener los activos en custodia, auditar y disponer de los activos capturados o decomisados en virtud de las Reglas y Regulaciones de la Junta para el Antilavado de Activos prescritas en la AMLA 1999, sección 25(3).

Gráfico 19.2 Estructura interna de la Oficina de Administración de Activos de la AMLO

Fuente: el autor.

El éxito de un programa de decomisos depende de las buenas prácticas de la administración de los activos. Para garantizar la preservación de los activos en su condición al momento de la incautación de modo que los que tengan valor económico pueden ser recobrados para beneficio del gobierno al finalizar el caso, se requiere primero mantenerlos efectivamente mientras se encuentran al cuidado de la AMLO, a fin de minimizar el daño y la depreciación. Una vez capturados, los activos deben ser evaluados por terceras partes calificadas para establecer su valor de mercado.³³³

Administración de activos capturados

Antes de que los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley designados como funcionarios competentes por la AMLA ejecuten una operación de búsqueda e incautación: 1) deben comprender las metas y objetivos de la operación de ejecución de la ley; 2) deben evaluar, hasta donde sea posible, los activos que van a ser capturados; y 3) efectuarán los preparativos para el manejo de los activos que pueda no ser conveniente capturar o deban trasladarse a otro sitio. Los activos sin valor económico no se capturan. Los animales salvajes, venenosos o grandes no se capturan, a menos que

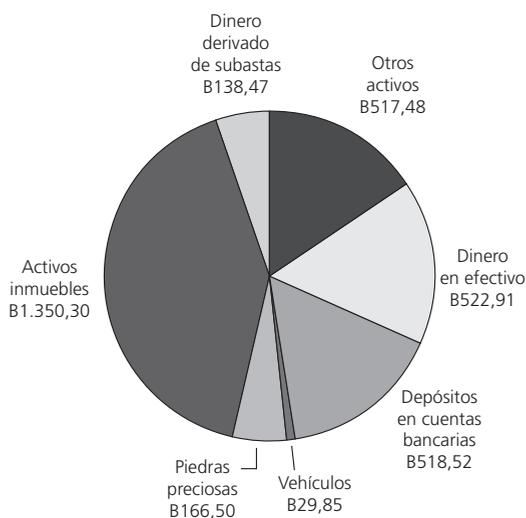
333 Regulación Ministerial No. 10, capítulo 2: Evaluación de la propiedad; cláusula 16: “A la incautación o anexión de cualquier propiedad, el funcionario competente asignado iniciará con prontitud la evaluación de la propiedad mencionada”.

haya necesidad y entonces expertos calificados asistirán en la incautación. Además, el Código Civil prohíbe la incautación de equipo específico necesario para la práctica profesional, como equipos de tratamiento médico y herramientas de mecánicos.

El funcionario que capture los activos entregará esa propiedad, y los documentos pertinentes, como el Libro de Registro de Vehículos, las Escrituras de Títulos de Tierras y semejantes, a la Oficina de Administración de Activos, que inspecciona y cuenta los activos capturados antes de asumir su control. Los activos capturados se clasifican como muebles o inmuebles y se adjuntan tarjetas o marcas a cada ítem para presentar detalles pertinentes a la propiedad; por ejemplo, nombre, categoría, tamaño, peso y condición, y la fecha de incautación. Luego se asegura la propiedad en lugares apropiados.

Si la propiedad que se mantendrá en custodia es dinero, se deposita en entidades financieras sin retraso, según lo prescriba el Comité de Transacciones. Si el dinero es moneda extranjera, se cambia a moneda tai y se deposita en las entidades financieras. Si la propiedad consiste en piedras preciosas, oro, joyería, o metales preciosos, se mantiene en la caja de seguridad de la AMLO en el recinto de alta seguridad. Otros activos valiosos se mantienen en un almacén que tenga estricta seguridad las 24 horas. Si se dificulta a la AMLO mantener la propiedad incautada, puede contratar su administración o salvaguardia. Véase el gráfico 19.3 para un detalle de las propiedades bajo la administración de activos.

Gráfico 19.3 Administración de activos de propiedad incautada o anexada bajo la AMLA, clasificada por tipos de activos; diciembre 13 de 2000 a marzo 31 de 2008



Fuente: el autor.

Nota: B = baht tai. Valor total de la propiedad incautada y anexada: B3.244,01 millones (US\$93 millones).

Si el activo incautado no es adecuado para su custodia, el artículo 57 de la AMLA³³⁴ autoriza al secretario general de la AMLO a hacer lo siguiente:

- Permitir al dueño de la propiedad mantener y utilizar provisionalmente el activo con condiciones y con fianza o seguridad.
- Expedir una orden para venta por subasta y colocar los fondos en custodia, pendientes de la conclusión de los procesos de decomiso.
- Expedir una orden para permitir a las agencias de ejecución de la ley u otras agencias del gobierno el uso provisional de dichos activos para propósitos oficiales.

El sistema consolidado de localización de origen de activos de la AMLO (Amcats)

La Oficina de Administración de Activos de la AMLO utiliza al máximo los sistemas de tecnología de información para el manejo de los activos y ha desarrollado el sistema de *software* Amcats para operarlo en forma responsable y transparente grabando y localizando todos los datos pertinentes a la incautación de un activo. El Amcats obtiene detalles sobre la incautación, el nombre del activo, su valor, el nombre del caso, la orden de incautación, las órdenes de la corte, la ubicación del almacenaje, los ingresos generados por el activo y los gastos de mantenimiento, los detalles de la subasta (nombre de los oferentes, precio ofrecido, precio de venta) y, donde sea aplicable, información pertinente a la colocación del activo en uso oficial del gobierno. Al grabar y localizar los datos, AMLO cuenta con una mejor capacidad de realizar su función de administrar los activos y puede fácilmente generar informes, producir estadísticas, contabilizar su inventario y proyectar y controlar los gastos de la administración de los activos.

El proceso de subasta de AMLO

El proceso de subasta de AMLO ocurre antes del decomiso y durante los 90 días en los que AMLO está autorizada para mantener los activos antes de remitir el asunto al

334 La sección 57, parágrafo 2, estipula que “...en caso de que el activo bajo el parágrafo uno no sea adecuado para mantenerlo en custodia, o represente más problema para el gobierno que su utilización para otros propósitos, el secretario general puede ordenar a quienes tienen interés concedido en el activo mantenerlo y utilizarlo y puede requerir cualquier aseguramiento colateral o de seguridad. Se presentará un informe a la Junta si se ordena la venta de dicho activo mediante subasta o se utiliza para fines oficiales”.

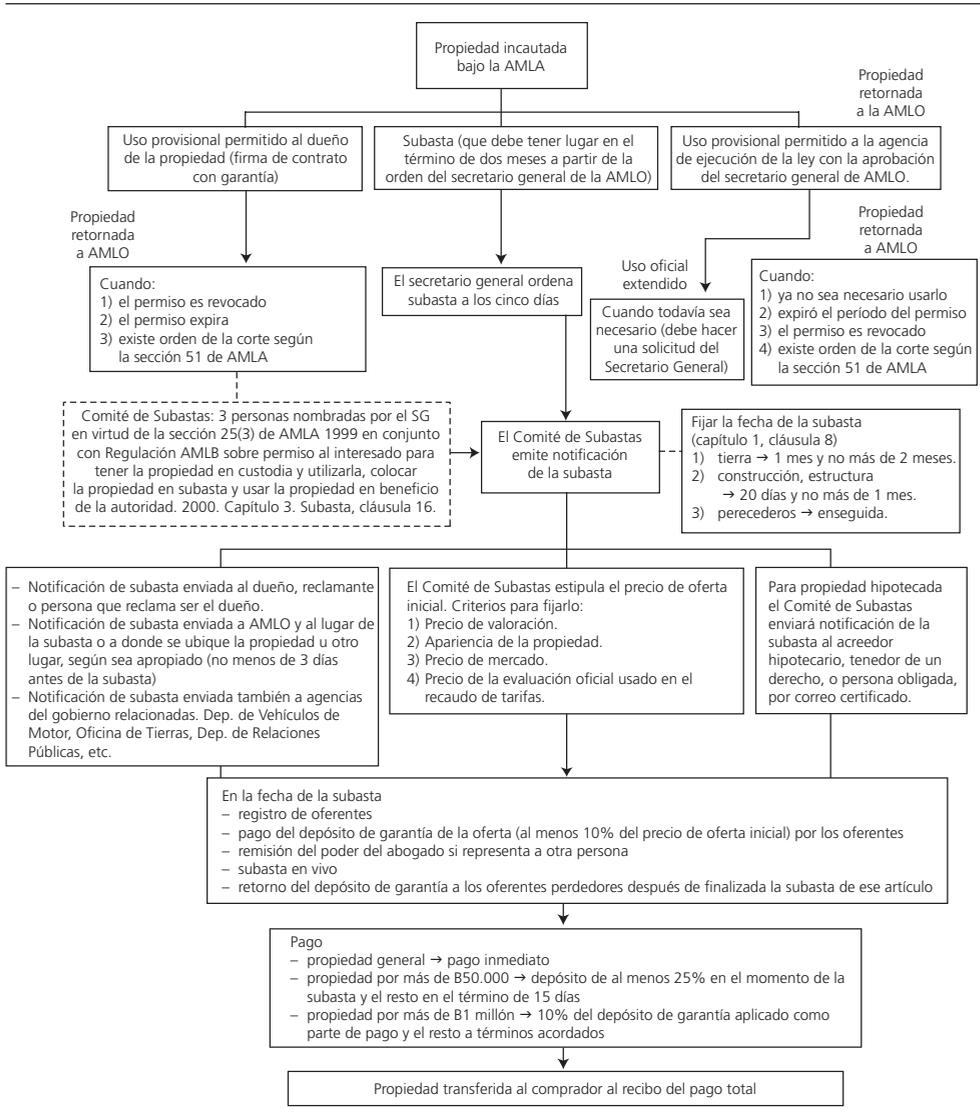
fiscal para la compleción del caso de decomiso. Usualmente, AMLO procurará vender la propiedad en una subasta si la propiedad es costosa de mantener, percedera o depreciable. La propiedad se vende para preservar su valor y los productos se sustituyen por la propiedad confiscable cuando el caso es presentado en la corte. Los intereses del dueño de la propiedad se tienen en cuenta y, en la mayoría de los casos, él o ella se acoge a la subasta. El dueño de la propiedad sabe que la acción de decomiso puede tomar mucho tiempo y si la propiedad en cuestión es percedera o depreciable y no se dispone de ella con prontitud, su dueño podría terminar con un activo sin valor al finalizar el caso. Sin embargo, al estar de acuerdo con la subasta, el dueño puede reducir los daños de modo que si la acción de decomiso no tiene éxito, los productos de la venta, intereses y posibles daños se le pagarán.

El Comité de Subastas está compuesto por un mínimo de tres expertos calificados nombrados por el secretario general e incluye un funcionario oficial con cargo de igual o inferior nivel al de Director de División o equivalente. El Comité de Subastas determina el precio de oferta mínimo para el artículo y supervisa la venta. La AMLO es responsable de mantener los productos de la subasta conforme a las regulaciones de la Junta para el Antilavado de Activos hasta la conclusión de la acción de decomiso. Entre 2003 y marzo 31 de 2008, la AMLO realizó 83 subastas que generaron ingresos por 275,46 millones de baht (aproximadamente US\$8,4 millones). El gráfico presenta el diagrama de flujo del proceso de subasta de la AMLO.

El fondo de decomiso de activos de la AMLO

Las enmiendas del 2 de marzo de la AMLA exigieron el establecimiento del Fondo para el Antilavado de Activos con el fin de facilitar un mecanismo eficiente y efectivo en costos para la administración de los activos capturados, prever recursos para los programas de decomiso y permitir los activos compartidos. Una vez se han confiscado los activos siguiendo la orden de la Corte Civil, se remite una parte del dinero o activos confiscados al Ministerio de Finanzas para el tesoro nacional. El resto se deposita en el Fondo para el Antilavado de Activos. En forma semejante, los productos de activos abandonados y donados y los compartidos por otros gobiernos tai o extranjeros se depositan en el fondo y en el tesoro nacional. El fondo puede utilizarse para muchos propósitos con el fin de cumplir los objetivos de la AMLA, incluso como provisión de recursos para apoyar investigaciones, procesos y administración de activos, mejorar la conciencia pública, capacitación, apoyo a la cooperación internacional, y retención de expertos en el asunto, bienes raíces y emisiones financieras. Según la sección 59 de AMLA, la administración del fondo se hará conforme a las regulaciones propuestas a principios de 2009.

Gráfico 19.4 Proceso de subasta de propiedad incautada bajo la Ley para el Antilavado de Activos de Tailandia



Fuente: el autor.

Notas:

- 1) Está prohibido a los miembros del Comité de Subastas participar en ella como oferentes directa o indirectamente.
- 2) La propiedad puede ser retirada de la subasta o ésta puede posponerse o cancelarse si el Comité de Subastas estima que no hay oferentes o si la oferta es menor que la reserva mínima o si la subasta se ha realizado de mala fe.

Obstáculos experimentados por AMLO que impiden una administración eficaz de los activos

Las siguientes son algunas de las dificultades que ha encontrado AMLO en el cumplimiento de sus responsabilidades del manejo de activos:

- *Aval insuficiente.* Conforme a la sección 57 de AMLA, al dueño de una propiedad puede permitírsele retener la propiedad incautada con un depósito de garantía apropiado, o aval. Sin embargo, cuando el activo es inmueble (como un bien raíz) y el dueño de la propiedad no puede aportar garantía apropiada, como cuestión práctica la AMLO no puede desposeer a la persona y anexas la propiedad.
- *Lugares inadecuados para las subastas.* El espacio arreglado como lugar de subasta no ha sido lo bastante grande para acomodar al público interesado en presentar ofertas por los artículos en venta.
- *Notificación insuficiente de la subasta.* Los anuncios de las subastas no se han hecho circular con suficiente amplitud para que un número adecuado de personas llegue al sitio.
- *Carencia de recursos humanos.* Las subastas no han contado con personal suficiente de AMLO, en parte porque los funcionarios tienen otros deberes.
- *Ofertas bajas.* Cuando no ha habido muchos artículos relacionados para subastas y el esfuerzo para notificar la subasta ha sido insuficiente, la concurrencia ha sido escasa y las ofertas de precios bajas.
- *Ansiedad y falta de confianza.* Las personas a quienes se ha incautado propiedad generalmente no confían en la AMLO para proteger y guardar su propiedad con el mismo cuidado que si permaneciese en custodia de la persona.
- *Propiedad robada o dañada.* Cuando se han perdido, robado, o dañado componentes de los activos (por ejemplo, partes de autos) mientras se encuentran bajo custodia oficial, la pérdida se ha reflejado en el precio generado en la subasta.
- *Depreciación de la propiedad mueble.* A pesar de la cuidadosa administración de los activos, algunos de éstos, como vehículos, accesorios eléctricos, equipos electrónicos y computadores, rápidamente se vuelven obsoletos. Si no tiene lugar una venta previa al decomiso, AMLO generalmente obtiene poco valor al concluir el caso de decomiso.
- *Disposición mental literal contra sensible.* El objetivo de ejecución de la ley es despojar a los criminales de sus ganancias mal habidas. Sin embargo, algunas de ellas (por ejemplo, animales vivos, salvajes, venenosos, o productos químicos y grandes máquinas industriales) tienen un valor económico nominal y al ser decomisados producen gastos para el gobierno que superan con mucho su valor. La administración eficaz de los activos requiere la fijación de límites y estándares para la incautación de activos.

- *Capacitación insuficiente y funcionarios reacios.* Los funcionarios a menudo carecen de las destrezas para discernir una incautación inteligente y necesitan capacitación no sólo sobre si el activo puede ser incautado según la ley, sino también sobre si debería ser incautado o si planteará problemas de administración o disposición para la AMLO. Debe enseñarse a los funcionarios a anticipar los problemas que encontrarán en el campo y a hacer un plan apropiado de incautación por anticipado. Adicionalmente, debido a las protecciones inadecuadas de inmunidad bajo la ley tai, los funcionarios que cumplen sus deberes oficiales pueden ser demandados y expuestos a obligaciones personales por daños a la propiedad y errores en el proceso de incautación y administración, aun cuando estén actuando dentro del ámbito de su empleo. Esta falta de protección puede frustrar su disposición de hacer cumplir la ley como debe ser.

Conclusión

Además de contar con una ley que autoriza la incautación y decomiso de activos criminales, es fundamental que las jurisdicciones tengan una infraestructura organizativa y administrativa para preservar, administrar y disponer de la propiedad incautada y confiscada en forma segura y responsable. Un programa exitoso de decomiso requiere planeación y capacidad, pues la agencia ejecutora se verá enfrentada cada día a problemas con el almacenaje, la custodia segura y la venta de propiedades capturadas y confiscadas. Vehículos de lujo, buses turísticos, una granja de cocodrilos, grandes cantidades de dinero, joyerías, televisores y tierras, son algunos de los activos que la AMLO ha tenido bajo su responsabilidad y cada uno ha tenido sus propias consideraciones de administración.

La agencia ejecutora tiene que tener procedimientos claros para identificar e inventariar todos los activos capturados y registrar su condición en los procesos de investigación y litigio, de modo que la agencia, los fiscales, los dueños de la propiedad y la corte tengan información actual en cualquier momento. También deben estar vigentes procedimientos claros para regular el uso y disposición de la propiedad incautada y confiscada. El impacto en la ejecución de la ley para castigar a un delincuente y eliminar el incentivo para cometer crímenes debe mantener su importancia; sin embargo, con una cuidadosa atención a los procedimientos eficaces de administración de activos, un gobierno puede derivar un beneficio económico del decomiso que lo capacite para proteger y servir mejor a los ciudadanos.

20

Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva

Clara Garrido*

El decomiso de activos NCB es un proceso largo, complicado y de múltiples pasos, y los procedimientos administrativos tienen un papel importante en la regulación y administración de los casos con eficiencia y eficacia. Mientras ciertos aspectos del proceso de decomiso de activos NCB deben permanecer en las cortes (por ejemplo, los asuntos que afectan los derechos fundamentales del debido proceso o el derecho a la asesoría), es mejor delegar otros a una autoridad administrativa más flexible y eficiente. Por ejemplo, la administración de propiedad incautada debe evaluarse continuamente y requiere destreza para responder con rapidez a problemas que surgen a lo largo del proceso.

Campos para la delegación

Los siguientes son campos del proceso de decomiso de activos NCB para los que pueden utilizarse procedimientos administrativos y también algunas de las responsabilidades que debería tener la autoridad administrativa designada:

Realizar registros de la propiedad

Los procedimientos detallados de registro para ciertas categorías de bienes (por ejemplo, bienes raíces, avionetas, vehículos) pueden representar un obstáculo para ejecutar incautaciones y la venta de bienes incautados. Delegar los procedimientos de registro a una autoridad administrativa puede mejorar la eficiencia.

Resolución de disputas con tenedores sin título

Si la propiedad está sujeta a la incautación o el decomiso, la autoridad administrativa puede asistir en la resolución de disputas con propietarios, ocupantes u otras partes

* Consejera del Director Nacional de la Dirección Nacional de Estupefacientes; escribe a título personal.

interesadas que no tienen título de propiedad. En algunas jurisdicciones, el proceso de incautación y devolución de propiedad arrendada puede tomar varios años debido a tales disputas. Un órgano administrativo con poderes especiales para resolver estos problemas puede aumentar la eficacia de la incautación y disposición de la propiedad.

Fijar lineamientos de planeación antes de la incautación

Los lineamientos y las listas de revisión pueden ayudar a anticipar y tomar decisiones informadas sobre qué propiedad se debe incautar, la oportunidad y método de la incautación, los requerimientos de personal (por ejemplo, expertos en cualquier categoría especial de activos) y el costo y beneficio de la incautación.

Administración de activos incautados

Puede designarse una autoridad administrativa especializada para que asuma la responsabilidad de la administración de los activos incautados hasta que se expida la orden final de la corte. La autoridad debería ser responsable de mantener un inventario actualizado de los activos y ejercer acciones para asegurar la productividad y preservación razonable del valor económico. Asimismo, la autoridad debe contar con los recursos financieros, personal experto y apoyo tecnológico necesarios para cumplir las obligaciones que la ley impone en forma eficiente y eficaz. Las siguientes son los poderes que la autoridad administrativa debería tener en la administración de los activos:

- Nombrar o contratar terceros para la administración de activos a fin de asegurar el mantenimiento de los acuerdos o contratos necesarios para preservar razonablemente el valor económico de los activos y sus ganancias u otros beneficios.
- Ordenar la liquidación de cualquier clase de activos, incluidos los precederos, improductivos o difíciles de mantener.
- Invertir los productos de la venta, rendimientos, rentas u otros beneficios producidos por los activos capturados.
- Utilizar un porcentaje de los beneficios generados por los activos capturados para pagar gastos, como tarifas de mantenimiento, impuestos, hipotecas y semejantes.

Regular el uso provisional o temporal de los activos incautados

A las autoridades administrativas *no* debería permitirse utilizar los activos capturados, debido a la pérdida potencial de valor económico por su uso o mal uso. Al mismo tiempo, el Estado puede decidir que puedan utilizarse temporal o provisionalmente activos excepcionales. Para estas situaciones, debe haber un marco legislativo o admi-

nistrativo para asegurar la preservación de los activos antes del veredicto final. Este marco debería fijar:

- La naturaleza de los activos sujetos a uso temporal.
- Propósitos específicos para el uso permitido.
- Instituciones (oficiales u organizaciones no lucrativas) facultadas para obtener beneficio del uso.
- Responsabilidades de la institución para proteger y mantener adecuadamente los activos.
- Mecanismos de control apropiados para evitar situaciones que pudiesen generar obligaciones para la institución responsable.

Activos decomisados

Mientras el destino final de los activos decomisados tiene que establecerse legalmente, es apropiado que la orden provea alguna solución a la autoridad administrativa para cubrir los costos de administrar los activos.

Proponer procedimientos administrativos

El lenguaje en la legislación propuesta para los procedimientos administrativos debe ser suficientemente preciso para evitar interpretaciones incorrectas o diversas de las órdenes de la corte y reducir la necesidad de intervención de las ramas ejecutiva y judicial. Dicha claridad es de particular importancia en situaciones en las que la corrupción se ha infiltrado en los sectores públicos, que incluye la administración de justicia. Definir la carga de la prueba, fijar plazos para la presentación de peticiones y para las respuestas y elaborar sobre el terreno una solicitud asegura que las peticiones procedan en forma eficiente, sin riesgo de ser mal interpretadas o anuladas.

Además, es importante designar una autoridad administrativa y definir sus deberes y poderes. Dado que la autoridad debe ser flexible para responder a los diversos problemas de incautar una gran suma de dinero o activos, incluso divisas o activos extranjeros, la autoridad debería tener suficientes poderes amplios para regir este proceso.

21

La administración de activos en Colombia

Clara Garrido*

En Colombia, la Dirección Nacional de Estupeficientes (DNE) es la autoridad administrativa especializada responsable de la administración de los activos incautados desde el momento de la incautación hasta que una corte expida una orden final de decomiso o de devolución, y de administrar el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco), fondo de activos decomisados. La DNE es responsable de la preservación razonable del valor económico de los activos y de mantener su inventario.

La Subdivisión de Administración de Activos es responsable de administrar los activos incautados y decomisados y de autorizar a las entidades a utilizar los activos temporalmente. La Subdivisión tiene siete grupos que prevén apoyo técnico y administrativo, dependiendo de la naturaleza de la propiedad, como sigue: Grupo de propiedades urbanas; Grupo de propiedades rurales; Grupo de empresas y corporaciones; Grupo de vehículos; Grupo de naves y aeronaves; Grupo de dinero, arte y misceláneos; y Grupo de sustancias.

Fases de la administración de activos

Fase 1: Incautación oficial bajo la responsabilidad de la Fiscalía General con apoyo de la DNE

Cuando la Fiscalía General solicita el acompañamiento de la DNE para una incautación oficial, la DNE envía uno o más funcionarios para verificar la condición de la propiedad y recibir y firmar las minutas de incautación. Además, la DNE toma distintas medidas dependiendo de la propiedad, así:

- *Propiedades urbanas.* Si existe una organización local de bienes raíces que haya sido designada previamente por la DNE como depositario interino, se solicitará

* Consejera del Director Nacional de la Dirección Nacional de Estupeficientes; escribe a título personal.

a la organización seleccionar una de las empresas afiliadas para que asista a la incautación oficial. Un funcionario de la DNE asignará la propiedad a la empresa. En ausencia de una organización delegada previamente, se nombra a una persona para que administre la propiedad hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado.

- *Propiedades rurales.* Un funcionario de la DNE recibe la propiedad y revisa el inventario de documentos y físico, designando a una persona para que se encargue de la propiedad y continúe su administración hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado.
- *Corporaciones y establecimientos de negocios.* Un funcionario de la DNE recibe los documentos de incautación de la Fiscalía General, revisa el inventario y nombra temporalmente a una persona (de preferencia un individuo que preste servicios a la empresa objeto de la incautación) para continuar la administración hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado.
- *Vehículos de motor, naves y aeronaves.* Un funcionario de la DNE recibe los documentos de incautación de la Fiscalía General, revisa el inventario y nombra temporalmente a un individuo (de preferencia un individuo de, o cercano a, la ubicación de los activos) para asegurar la custodia del activo hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado.
- *Dinero.* Un funcionario de la DNE solicita a la Fiscalía General o a un banco³³⁵ permiso para endosar el título o dinero a favor de la DNE, hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado.
- *Sustancias controladas.* Se cita a los órganos competentes para identificar y administrar las sustancias controladas.
- *Propiedad mueble miscelánea (por ejemplo, arte).* Un funcionario de la DNE verifica los inventarios de documentos y físico y nombra temporalmente una persona o entidad como depositario hasta que la DNE adopte un sistema de administración apropiado. Para pinturas o activos con valor artístico, la Fiscalía General debe tener personal adecuado para la inspección, verificación y valoración, o debe citar a la DNE.

Los activos entran al sistema de administración con base en las minutas de incautación. La Subdivisión de Administración de Activos tomará las medidas administrativas y adoptará un sistema de administración apropiado dependiendo de la naturaleza del activo.

335 Un banco en el que la DNE tenga cuenta, pero no el banco del delincuente. En el caso de fondos extranjeros la DNE contacta al Banco de la República.

Fase 2: Adopción del sistema de administración dependiendo de la naturaleza de la propiedad

La propiedad incautada y puesta a disposición de la DNE tiene que administrarse conforme a las regulaciones administrativas señaladas en la Ley 785 de 2002 (por ejemplo, destino temporal, depósito temporal, arrendamiento, fideicomiso o disposición), las provisiones de la Ley 793 de 2002 sobre Extinción del Derecho de Propiedad, los decretos aplicables,³³⁶ y otras normas complementarias.

Contrato de terceras partes para la administración de activos

La selección de contratistas o arrendamiento de propiedad se efectúa según la Ley 785 de 2002 mediante convocatoria pública a través del sitio *web* de la DNE, de acuerdo con el Manual de Procedimientos.

Designación de depositarios temporales

Cuando se requiere la administración de activos, el Director de la Oficina de Narcóticos o su delegado nombra custodios o administradores de activos interinos, con base en la autoridad legal provista por el artículo 20 del Decreto 1461 de 2000.

Venta de propiedad mueble, o suministros consumibles con amenaza de deterioro

Como lo estipula el artículo 2 de la Ley 785 de 2002, una vez incorporados al inventario, pueden venderse los activos consumibles, perecederos, en deterioro o depreciables. De acuerdo con la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 4320 de 2007, cualquier activo improductivo o los que no puedan administrarse pueden venderse, después de inspección, verificación y valoración realizada por un experto.

Fase 3: Administración de los activos

Dependiendo del tipo de propiedad, se dará preferencia a los sistemas de administración descritos más adelante.

Propiedades urbanas

Para asegurar el control de la propiedad urbana, debe asignarse como depositario judicial una organización de bienes raíces. Estas organizaciones, a través de sus afiliadas de bienes raíces, administran los activos y los arriendan a precios de mercado. Ellas

336 Decreto 306 de 1998, Decreto 1461 de 2000, Ley 1151 de 2007, Decreto 4320 de 2007.

deben controlar la productividad de la propiedad, los vencimientos de los pagos y el cumplimiento de las obligaciones de la propiedad (por ejemplo, impuestos y servicios públicos).

Entre los parámetros para la designación de los depositarios judiciales temporales están:

- Invitación según departamentos o regiones para facilitar la administración del activo.
- La DNE controla los resultados de las operaciones y administración de la propiedad por medio de comités que investigan los bienes raíces en cada departamento con afiliados de bienes raíces, a intervalos apropiados, dependiendo del número de activos.
- Cada depositario judicial debe remitir a la DNE informes mensuales de administración con soportes adecuados.
- La comisión se calcula de acuerdo con las tarifas comerciales usuales y no puede superar el 10% del valor recaudado como tarifa de arriendo.
- Las tarifas de arriendo pueden discutirse, si es necesario, en el comité de bienes raíces.
- Los costos de mantenimiento y reparaciones requeridos se deducen de las tarifas de arriendo y los aprueba el comité si el costo no supera el doble del salario mínimo mensual de los depositarios judiciales. Si el costo es mayor que esa cantidad, debe solicitarse permiso a la DNE para evaluar la pertinencia del costo y la necesidad de la obra.

Propiedades rurales

Las propiedades rurales las administran depositarios provisionales y existe una propuesta de ley que permite la venta o arriendo de la propiedad rural.³³⁷ Los depositarios interinos se designan mediante un procedimiento que incluye convocatoria pública, solicitando hojas de vida de personas naturales o jurídicas con experiencia en el sector. El ganado puede venderse a través de acuerdos con asociaciones ganaderas u otras entidades privadas u oficiales que tengan como objeto el desarrollo de la agricultura o la ganadería.

337 Hasta 2007, la propiedad rural era administrada por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder). Para determinar si la propiedad se designaba como activo de agricultura, ganadería, o de pesca, la DNE informaba al Incoder la lista de los sitios. Esto se realizaba mensualmente para asegurar que se tomara la decisión en el término de tres meses. Después de la visita del Incoder a los sitios y notificación por escrito a la DNE, se nombraba un funcionario del Incoder como beneficiario.

Corporaciones y establecimientos de negocios

La selección de depositarios judiciales interinos se realiza mediante invitación en el sitio *web* de la DNE, solicitando hojas de vida de personas naturales o jurídicas que cumplan con los términos de referencia. Se prefiere a los profesionales con experiencia en gobernabilidad corporativa o administración de los activos particulares. Con respecto al alquiler de hoteles, se publica una invitación en el sitio *web* de la DNE y en un periódico de circulación nacional, y se realiza un estudio de factibilidad para determinar la tarifa de arriendo y el plazo.

Vehículos

Existen distintos procedimientos para los dos subconjuntos de vehículos, los de servicio público y los de pasajeros. Para estos últimos, se publica una convocatoria en el sitio *web* de la DNE. El Comité de Destinaciones evalúa las propuestas y selecciona una entidad, de preferencia entidades territoriales (conforme a la Ley 785 de 2002) o entidades privadas no lucrativas que cumplen los requisitos. Con respecto a los vehículos de servicio público, se publica una convocatoria para propuestas en el sitio *web* de la DNE, que incluye los términos de alquiler y los de referencia.

Naves acuáticas y aeronaves

Además de una convocatoria para propuestas en el sitio *web* de la DNE, puede darse uso provisional a entidades oficiales, privadas o no lucrativas que cumplan los requisitos estipulados en la convocatoria para propuestas. Se otorga preferencia a solicitudes de las Fuerzas Armadas de Colombia y la Armada Nacional.

Sustancias

Los químicos incautados, controlados y no controlados, deben identificarse totalmente utilizando la opinión de expertos del Instituto de Medicina Forense, el Departamento Administrativo de Seguridad, las áreas científicas de Procesos Públicos, el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional o un análisis de laboratorio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Una vez identificados, los químicos pueden venderse directamente o mediante convocatoria en el sitio *web* de la DNE a precios fijos fijados por resolución de la DNE.³³⁸ Existen varios términos y condiciones generales, así:

338 La DNE fija los precios de venta de los químicos por resolución, con un descuento de hasta el 30% de los precios del mercado, a menos que se sepa que se trata de un producto de alta calidad, en cuyo caso el descuento puede ser menor.

- Las sustancias en venta deben publicarse en el sitio *web* de la DNE.
- Sólo quienes posean certificado como consumidor y/o comprador pueden presentar ofertas de compra de sustancias controladas.
- La cantidad de la sustancia en la oferta de compra debe corresponder a la cuota mensual o anual permitida en el certificado.
- No se requiere certificado para sustancias no controladas, pero el solicitante debe constatar su necesidad de la sustancia.
- La ofertas de compra de ciertas sustancias (por ejemplo, urea, gasolina y queroseno) deben incluir las condiciones estipuladas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.
- Cuando las sustancias representan serio peligro para la comunidad, o han perdido sus propiedades y son por tanto imposibles de vender o comprar, pueden destruirse.³³⁹

La DNE puede autorizar el uso de estos químicos si la solicitud va acompañada de una justificación apropiada y los químicos se utilizarán para procesos académicos, industriales o científicos.

Dinero, arte y misceláneos

- *Dinero.* Para que los recursos de cambio extranjero sean rentables, para los depósitos en denominación distinta a dólar de EUA y peso colombiano mayores al equivalente de US\$10 millones, la DNE debe firmar un acuerdo con el Banco de la República para convertir los depósitos a dólares de EUA. Para depósitos en dólares de EUA, el banco debe hacer la transferencia al Banco de la Reserva Federal de EUA para verificación de autenticidad, por medio de un intermediario, y luego proceder a invertirlos en valores emitidos por el gobierno colombiano. Para depósitos en pesos colombianos, el dinero incautado y decomisado puede sólo invertirse en valores emitidos por el gobierno colombiano.
- *Arte.* La propiedad mueble con valor artístico se asigna provisionalmente al Ministerio de Cultura, o al Museo Nacional de Colombia, de acuerdo con las regulaciones aplicables. La propiedad mueble sin valor artístico, según lo determine un experto o entidad competente, se designará provisionalmente a entidades oficiales u organizaciones no lucrativas después de su publicación en el sitio *web* de la DNE.
- *Artículos misceláneos en buena condición.* Los artículos que puedan designarse para uso interino o provisional serán publicados en el sitio *web* de la DNE. En el caso de activos, se realizará una valoración por un experto y se venderán los

339 Decreto 2271 de 1991.

artículos en subasta pública, que puede ser efectuada por la DNE o por un tercero seleccionado a través de un proceso público. La propiedad mueble productiva será arrendada, con una convocatoria de propuestas publicada en el sitio *web* de la DNE.

Activos perecederos

A fin de impedir la pérdida o avería de los activos perecederos, la Fiscalía General tiene autoridad para asignarlos a la persona o entidad que reclame tener derecho legítimo sobre ellos, después de la emisión de un bono a favor de la DNE igual al valor de mercado de los activos.

Armamentos

Estos activos se asignan al Ministerio de Defensa.

Éxito del sistema de administración de activos de Colombia

Entre los casos de éxito de la administración de activos en Colombia está el establecimiento de asignación provisional a entidades privadas de bienes raíces para servicios de esta clase y el arriendo de hoteles a través de operadores hoteleros especializados. Estas medidas han producido ingresos reales y han preservado el valor económico de la mayoría de los activos en las categorías respectivas. Asimismo, la venta de propiedades urbanas decomisadas en 2007 ascendió a Col\$100 mil millones (unos US\$55 millones).

Otro logro fue el establecimiento de los lineamientos de planeación anterior a la incautación, adoptados por la Fiscalía General en octubre de 2007, en cooperación con el departamento de Justicia de los Estados Unidos y la DNE. Los lineamientos establecen procedimientos uniformes para la administración diaria y se diseñaron para impedir problemas financieros y administrativos cruciales relacionados con la incautación de bienes raíces, empresas comerciales y otros tipos de activos que podrían plantear problemas de mantenimiento o disposición. El propósito de los lineamientos es estimular ciertas prácticas que impidan o minimicen los problemas en la administración y disposición de los activos incautados e impedir demandas legales contra la Fiscalía General y la DNE resultantes de una incautación y administración de activos irregular. Como nota particular, los lineamientos permiten y asisten la consideración de los costos y beneficios de una incautación y se espera que mejoren la organización de las incautaciones y la administración de la propiedad por parte de la DNE.

Problemas y enseñanzas en el sistema colombiano de administración de activos

Sistema de inventarios

Un sistema de inventario de activos que permita actualizaciones cuantitativas y cualitativas es esencial para que una autoridad administrativa sea eficaz. A pesar de los mejores esfuerzos, la DNE no tiene un sistema para actualizar eficazmente el inventario. Por ejemplo, sin un sistema nacional de almacenamiento para vehículos incautados es difícil organizar su almacenaje y administración. Además, el sistema tiene dificultades en la evaluación de ciertos tipos de empresas y establecimientos comerciales; esta tarea se complica aún más por el gran número de activos acumulados.

Acumulación excesiva de activos, falta de liquidez y falta de discreción

Existen unas cuantas circunstancias que afectan la liquidez y el resultado en la acumulación excesiva de activos.

Procedimientos prolongados y retrasos. Con mucha frecuencia se necesitan años para que la corte emita un veredicto final sobre la extinción de activos o su devolución al propietario. Con la Ley 793 de 2002 se han dado pasos para remediar este problema fijando plazos para el manejo de cada caso; sin embargo, se necesita un aumento correspondiente en personal para manejar el nuevo sistema.

Falta de legislación que permita la liquidación de los activos depreciables. La incapacidad de liquidar los activos depreciables es un gran problema, en particular con activos que perdieron su valor económico, como vehículos, lanchas y avionetas. Muchos vehículos ya son viejos y están en muy malas condiciones. Afortunadamente, la legislación propuesta al Congreso a principios de 2009 permitirá la venta o reparación de vehículos y un tercero ha venido actualizando los inventarios de vehículos como preparación para su promulgación.

Deuda. El alto endeudamiento, las deudas a socios sin documentos de soporte, las deudas a proveedores y las deudas a los empleados encontradas durante la administración de las empresas afectan también la liquidez de los activos.

Falta de discreción. La legislación no permite discreción para determinar qué artículos incautar, lo que resulta en la incautación de todos los activos sin importar su condición o valor. Esto afecta el sistema de administración de activos, que se ocupa de catalogar artículos sin valor como avionetas y naves destruidas o empresas en quiebra. Los bienes raíces en vecindades pobres o zonas rurales inaccesibles pueden ser también una carga porque las empresas de bienes raíces locales son reacias a aceptar su administración. Reconociendo estas dificultades, algunas operaciones de incautación de activos han evitado la incautación de estos artículos misceláneos.

Falta de recursos

La DNE ha tenido dificultad para atraer y mantener personal calificado y para adquirir recursos suficientes para realizar auditorías, directamente o a través de terceros, para asegurar la administración eficaz de activos y recursos de las empresas. Actualmente, la DNE intenta una reestructuración organizativa.

Retrasos en la información

Una vez ordenada una incautación, hay a menudo un retraso en informar el inventario o medidas preventivas a las autoridades apropiadas. Esto ha mejorado, sin embargo, en los casos en que el personal de la DNE ha acompañado a los fiscales en la incautación.

22

Enriquecimiento ilícito: teoría y práctica en Colombia

*Clara Garrido**

El decomiso de activos adquiridos mediante enriquecimiento ilícito es un poderoso disuasivo para quienes pretenden aprovechar su posición para enriquecerse sin justa causa.

Base legal para el decomiso de activos basado en el enriquecimiento ilícito

En Colombia, el concepto de enriquecimiento ilícito está codificado en la Ley sobre decomiso de activos sin condena (ley 793 de 2002).³⁴⁰ El artículo 2 de la Ley 793 de 2002 incluye “delitos de enriquecimiento ilícito” en la definición de “actividades ilegales” y codifica adicionalmente el concepto de enriquecimiento ilícito, expresando que la corte ordenará el decomiso:

- Cuando haya habido un aumento injustificado en los activos personales, en cualquier tiempo, y no se ofrece ninguna explicación de su origen ilícito.
- Cuando no puede demostrarse el origen legal de la propiedad pretendida durante el juicio.

Asimismo, el enriquecimiento ilícito es un problema de importancia constitucional y demuestra la tensión entre el interés público y los intereses y derechos privados. Por una parte, la Constitución de Colombia protege a los individuos del decomiso de su propiedad (artículo 34) y garantiza los derechos de propiedad privada (artículo 58) y, por otra parte, la corte puede anular la posesión de propiedad adquirida mediante enriquecimiento ilícito, cuando es injurioso al tesoro público o deteriora seriamente

* Consejera del Director Nacional de la Dirección Nacional de Estupefacientes; escribe a título personal.

340 Esta fue una iniciativa del Ministerio del Interior y Justicia, apoyada por la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Nacional de Estupefacientes. El propósito fue atacar al crimen organizado y, más específicamente, decomisar beneficios económicos obtenidos por el tráfico ilegal de drogas y el enriquecimiento ilícito.

la moralidad social. En el decomiso, si hay conflicto entre el interés o derecho privado y el público, la ley del caso ha mostrado que debe primar el interés público.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el decomiso de activos es por naturaleza un problema constitucional que debe ser regulado por la constitución y la ley relacionada sobre la propiedad debido a varios factores, entre ellos:³⁴¹

- *Orígenes.* El concepto no fue diseñado por legislación, sino por el poder constituyente que se origina como primer nivel judicial del sistema democrático colombiano.
- *Naturaleza pública.* El decomiso de activos adquiridos ilegítimamente reasegura la confianza pública en el sistema de propiedad pública, el Tesoro Público y el concepto de que se protegerá al “trabajo honesto”.
- *Naturaleza judicial y legal.* El decomiso de activos se reserva para que lo decida una corte imparcial y autónoma, especialmente dados los distintos derechos constitucionales e intereses públicos que implica la terminación de la propiedad.
- *Naturaleza autónoma.* El decomiso de activos es independiente de *jus puniendi* (procesos penales); es un proceso de derecho civil, al margen de cualquier determinación de culpabilidad o inocencia.
- *Naturaleza de interés.* El decomiso de activos no está motivado por intereses económicos, sino por el interés público representado por el Estado.
- *Procedimiento.* El decomiso de activos se ordena por demostración de uno de los requisitos entronizados en la Constitución: enriquecimiento ilícito, daño al tesoro o grave daño a la moralidad social.
- *Relación con los derechos de propiedad.* El decomiso de activos se relaciona estrechamente con el sistema constitucional de derechos de propiedad.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional anotó que la ley sólo protege los derechos de quienes adquieren la propiedad por medios lícitos. Quienes la adquieren ilegalmente no pueden reclamar protección del sistema legal.

Además de las leyes internas de Colombia, existe base legal para el enriquecimiento ilícito en el derecho internacional, específicamente la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Untoc), cuyo artículo 12(7) estipula: “Los estados integrantes pueden considerar la posibilidad de requerir que un delincuente demuestre el origen legal de presuntos productos del crimen u otra propiedad susceptible de decomiso, hasta el grado en que tal requerimiento sea consistente con los principios de sus leyes internas y con la naturaleza de los procesos judiciales y otros”.

341 Corte Constitucional, Sentencia C-740-03, juez Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Alcance, cuestiones procedimentales y de evidencia, beneficios

El alcance del enriquecimiento ilícito se considera mucho más amplio que el de un delito penal, yendo más allá de los poderes punitivos del derecho penal al reino del derecho de propiedad. Intenta capturar los resultados de la actividad ilegal y la falla del delincuente en cumplir con el orden social de la propiedad.³⁴² En este respecto, el propósito es no sólo sentenciar al delincuente, sino despojarlo de la propiedad legal de los activos obtenidos a través del crimen o por medios ilegales, el mal uso de los fondos públicos, etc. Dados los diversos alcances y objetivos, el decomiso de la propiedad está separado de los procesos relacionados con la comisión de un delito penal.

Algunos argumentan que el decomiso de activos en casos de enriquecimiento ilícito no respeta el principio de causación, como en el derecho penal, estableciendo un vínculo entre la actividad ilegal y el delincuente. Sin embargo, en el derecho del decomiso el concepto de establecer una conexión es mucho más amplio y se extiende a relaciones económicas, de trabajo y sociales. Como resultado, no es necesario que el dueño de un activo sujeto a decomiso esté vinculado directamente a una actividad ilegal.

El procedimiento para establecer enriquecimiento ilícito en Colombia preserva el derecho del delincuente a la defensa. Efectivamente, es una presunción disputable y el delincuente puede superar la presunción produciendo evidencia que explique las circunstancias de la acumulación de dinero fuera de su cargo. La Corte Constitucional de Colombia describió esto como una “carga dinámica de la prueba”, requiriendo que quien está mejor capacitado para probar un hecho sea quien lo pruebe.³⁴³ En el caso de decomiso, el dueño está en mejor posición de probar el origen legal de la propiedad y socavar el intento del enjuiciamiento de probar el origen ilícito de los activos. Esta carga dinámica de la prueba se ha estimado apropiada dado que el decomiso de activos NCB es independiente del proceso penal y no es su intención ser punitivo o imponer penalidades.

Evidencia requerida en casos que incluyen aumento injustificado de los activos personales

Para iniciar un proceso de decomiso, la investigación tiene que establecer:

- La existencia, identidad y posesión (título) de la propiedad.
- El origen de los recursos con los que fueron adquiridos la propiedad o los activos; su valor, beneficios y rendimientos.

342 Corte Constitucional, Sentencia C-374-97, juez Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

343 Corte Constitucional, Sentencia C-740-03, juez Dr. Jaime Córdoba Triviño.

- La relación causal entre el origen de los recursos con los que fueron adquiridos la propiedad o los activos y las actividades del dueño distintas a las de su cargo, incluso actividades que permiten un aumento desproporcionado de activos o explicación de los préstamos en términos inusuales (por ejemplo, sin garantías, intereses, o fecha específica de pago).
- La capacidad financiera (o incapacidad) para adquirir los activos.
- La transferencia.
- La ausencia de malicia o falta.

Se presume la buena fe y el delincuente tiene derecho a suministrar nueva evidencia para cuestionar las decisiones tomadas dentro del proceso. Usualmente la persona con ingresos legales no tiene problema en demostrar el origen de los productos.

Mecanismos para obtener evidencia

La agencia de ejecución de la ley acumulará evidencia por medio de inteligencia, informantes y cualquier otro mecanismo y la entregará a la Fiscalía General. Otras entidades pueden también suministrar información, como la DNE, el ejército o un individuo. Pueden utilizarse los siguientes mecanismos posibles:

- Veredictos o decisiones de cortes anteriores, incluso penales, administrativos, de aduanas, disciplinarios, etc.
- Escrituras públicas y registros de bienes raíces u otros.
- Certificaciones emitidas por oficinas de transporte, aviación o marítimas.
- Pruebas obtenidas en el exterior.
- Confirmación de fuentes existentes.
- Informes de operaciones que cubren compra, venta, transferencias monetarias, viajes y semejantes, y comparaciones con negocios similares en la misma condición económica.
- Declaraciones de impuestos y declaraciones de años anteriores de niveles de ingresos similares.
- Expertos externos en contabilidad, finanzas y valoración de propiedades.
- Certificados de Cámaras de Comercio sobre corporaciones y negocios.
- Comprobación de libros de contabilidad y registros con diferentes fuentes, públicas y privadas, como la oficina de impuestos y los bancos.
- Verificación de verosimilitud de las obligaciones.

Glosario

ACTIVOS. *Ver propiedad.*

ACUSADO. Persona que disputa el decomiso. Incluye un tercero, el *delincuente*, o *transgresor*. En el contexto del decomiso penal o del litigio privado, el término se utiliza en forma intercambiable con el de *demandado* y el de “defendido”.

CONFISCACIÓN. *Ver decomiso.*

CONGELAR. Prohibir temporalmente la transferencia, conversión, disposición, o movimiento de propiedad, o asumir temporalmente custodia o control de propiedad con base en una orden emitida por una corte u otra autoridad competente.³⁴⁴ El término se utiliza en forma intercambiable con *incautación*, *captura* y *restricción*. *En algunas jurisdicciones, el término empleado es “bloquear”.*

CONOZCA A SU CLIENTE. Diligencia debida y regulación bancaria que las entidades financieras y otras entidades reguladas deben efectuar para identificar a sus clientes y verificar información pertinente para hacer negocios financieros con ellos.

EVIDENCIA CIRCUNSTANCIAL. Uno o más hechos que pueden utilizarse para inferir otro hecho. Se conoce también como “inferencias basadas en circunstancias objetivas”.

DECOMISO CIVIL. Acción legal dirigida solamente contra la propiedad basada en un hallazgo legal de que la propiedad misma es producto de o instrumento de actividad ilegal. No es una acción contra el delincuente sino contra la propiedad, y está separada de cualquier acción penal contra el delincuente. El término se utiliza en forma intercambiable con *decomiso in rem* y ambos se incluyen en la definición de *decomiso de activos sin condena*.

344 Uncac, artículo 2(d).

DECOMISO. El despojo permanente de propiedad por orden de una corte u otra autoridad competente.³⁴⁵ El término se utiliza en forma intercambiable con *confiscación*. El decomiso tiene lugar por medio de un procedimiento judicial o administrativo que transfiere la propiedad de fondos especificados u otros activos al Estado. Las personas o entidades que mantienen un interés en los fondos especificados u otros activos en el momento de la confiscación o decomiso pierden, en principio, todos los derechos a los fondos u otros activos confiscados o decomisados.³⁴⁶

DECOMISO DE ACTIVOS SIN CONDENA (DECOMISO DE ACTIVOS NCB). Decomiso de activos en ausencia de la condena del delincuente. El término se usa en forma intercambiable con *decomiso civil*, *decomiso in rem*, y “decomiso objetivo”.

DELINCUENTE. Persona, conocida o desconocida, que cometió la actividad ilegal sobre la cual se basa el decomiso de activos NCB. El término se usa en forma intercambiable con *acusado*.

DEMANDADO. Cualquier parte a la que se requiere responder la demanda de un querrelante en una demanda civil ante una corte, o cualquier parte que ha sido inculpada o acusada formalmente de violar un estatuto penal.

DOCUMENTOS. Toda información registrada en cualquier forma, visual o auditiva, por cualquier medio, sea manual (inclusive, pero sin limitarse a, escritos, dibujos, pinturas), fotográfico (inclusive, pero sin limitarse a, microfilm, microfichas, impresiones, diapositivas, negativos, videocintas, películas, fotocopias), mecánico (inclusive, pero sin limitarse a, discos fonográficos, impresos, tipográficos), eléctrico, electrónico o magnético (inclusive, pero sin limitarse a, grabaciones en cinta, casetes, discos compactos, dispositivos de almacenaje electrónico o magnético como disquetes, discos duros, CD-ROM, videodiscos digitales (DVD), asistentes personales digitales (PDA), tarjetas multimedia (MMC), barras de memoria, discos ópticos, memorias de impresoras, tarjetas inteligentes, calculadoras con memoria, marcadores electrónicos, o cuadernos electrónicos, así como archivos de datos digitales, impresiones y lecturas de cualquier dispositivo de almacenaje magnético, eléctrico o electrónico). El término se utiliza en forma intercambiable con *registros* y *materiales*.

INCAUTACIÓN. *Ver congelación*.

345 Uncac, artículo 2(g).

346 GAFI, nota interpretativa a la Recomendación Especial III: congelación y decomiso de activos terroristas, par. 7(c). <http://www.fatf-gafi.org/datoecd/53/32/34262136.pdf>.

INFORME DE ACTIVIDAD SOSPECHOSA. *Ver informe de transacción sospechosa.*

INFORME DE TRANSACCIÓN SOSPECHOSA. Informe presentado por una entidad financiera sobre transacciones o actividades sospechosas o potencialmente sospechosas. El informe se presenta con la UIF del país. El término se usa en forma intercambiable con *informe de actividad sospechosa.*

INSTRUMENTO, INSTRUMENTOS. Activos utilizados para facilitar el crimen, como un vehículo o lancha utilizados para transportar narcóticos.

IN PERSONAM. En latín, “dirigido a una persona particular”. En el contexto del decomiso o una demanda, es una acción legal contra una persona específica.

IN REM. En latín, “contra una cosa”. En el contexto del decomiso es una acción legal contra una cosa o propiedad específica. *Ver también decomiso civil.*

MATERIALES. *Ver documentos.*

PAÍS PETICIONADO O JURISDICCIÓN PETICIONADA. País o jurisdicción que recibe una petición de asistencia a otro país o jurisdicción para el propósito de asistir en una investigación o proceso, o ejecutar un veredicto.

PAÍS PETICIONANTE O JURISDICCIÓN PETICIONANTE. País o jurisdicción que solicita la asistencia de otro país o jurisdicción para el propósito de asistir con su propia investigación o proceso, o ejecución de un veredicto.

PERSONAS POLÍTICAMENTE EXPUESTAS (PEP). “individuos con funciones públicas prominentes en un país extranjero; por ejemplo, jefes de Estado, políticos destacados, funcionarios superiores del gobierno, judiciales o militares, ejecutivos principales de corporaciones de propiedad del Estado, funcionarios importantes de partidos políticos. Las relaciones de negocios con familiares o asociados cercanos de PEP implican riesgos de reputación similares a los de las mismos PEP. Con esta definición no se intenta abarcar los individuos de rangos medios o más jóvenes de las categorías anteriores”.³⁴⁷

PROCESOS *EX PARTE*. Procesos legales presentados por una persona en ausencia de, y sin representación o notificación de, otras partes.

347 GAFI, Cuarenta Recomendaciones, glosario. http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,en_32250379_32236889_35433764_1_1_1_1,00.html#34285860.

PROPIEDAD. Activos de todo tipo, corpóreos o incorpóreos, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y documentos legales o instrumentos que evidencian título a, o interés en dichos activos.³⁴⁸ El término se usa en forma intercambiable con *activos*.

REGISTROS. *Ver documentos*.

RESTRINGIR. *Ver congelar*.

RUMOR. Una declaración fuera de la corte que se ofrece a la corte como evidencia para probar la verdad de la materia afirmada. Aunque las jurisdicciones de derecho civil no excluyen usualmente el rumor de los procesos, en el derecho común es inadmisibles, con varias excepciones. Si se admite, la corte debe considerar también el peso apropiado para dar evidencia.

UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA (UIF). “Una agencia central, nacional, responsable de recibir (y cuando sea permitido, solicitar), analizar y divulgar a las autoridades competentes, revelaciones de información financiera: i) sobre productos sospechosos de origen criminal y potencial financiación de terrorismo, o ii) requeridos por la legislación o regulación nacional, con el fin de combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo.”³⁴⁹

348 Uncac, artículo 2(d).

349 Definición adoptada en la reunión plenaria del Egmont Group en Roma en noviembre de 1996, enmendada en la reunión plenaria de Egmont en Guernsey en junio de 2004.

Apéndices

Apéndice I: matriz de sistemas de decomiso en jurisdicciones seleccionadas

	Aus- tralia	Colom- bia	Guern- sey	Hai- tí	Irlan- da	Israel	Ku- wait
Definición de activos y delitos							
El decomiso se aplica a una amplia variedad de delitos	•	• ¹	• ²	•	•		•
El decomiso se aplica a delitos específicos						• ⁴	
Tanto productos como instrumentos están sujetos al decomiso	• ⁷	• ⁸		•	•		•
Sólo los productos están sujetos al decomiso			• ¹¹			• ¹²	
Los activos sustitutos pueden estar sujetos al decomiso	• ¹⁴	• ¹⁵		•	•	• ¹⁶	• ¹⁷
Medidas para investigación y preservación de activos							
Mecanismos para obtener evidencia	• ²²		• ²³	• ²⁴	•	• ²⁵	•
Restricción permitida antes del juicio	•	• ³⁰	• ³¹	•	•	• ³²	•
Procedimientos generales y conceptos de evidencia							
Una acción de decomiso de activos NCB puede proceder cuando hay investigación o proceso penal pendiente y el delincuente está disponible para el proceso	• ³⁶	• ³⁷	• ³⁸		—	—	
Una acción de decomiso de activos NCB sólo puede tener lugar una vez concluida la investigación o el proceso penal, o si se establece que el delincuente no está disponible para el proceso				•	—	—	•
No se requiere prueba de culpabilidad para el decomiso	• ⁴⁴	•	• ⁴⁵	•	•	—	• ⁴⁶
Estándar de prueba para el decomiso = balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia	•		• ⁵²		• ⁵³	•	
Estándar de prueba para el decomiso = más allá de la duda razonable o convicción íntima		•		•			• ⁵⁶
El período del estatuto de limitaciones (prescripción) se limita generalmente a _ años	6 años ⁵⁸			10 años ⁵⁹	—	—	
El período del estatuto de limitaciones es ilimitado		• ⁶²	• ⁶³		—	—	•
Presunciones disputables se bosquejan en los estatutos del decomiso	• ⁶⁶			•	—	—	—
Los activos pueden usarse para pagar asesor o para gastos de manutención	•		• ⁷²	• ⁷³	•	• ⁷⁴	•
Cooperación internacional y repatriación de activos							
La legislación incluye otorgamiento específico de jurisdicción extraterritorial	•	• ⁷⁷	•	—	•	—	—
Se requiere criminalidad dual para cooperar	• ⁷⁹	• ⁸⁰	• ⁸¹	•	•	• ⁸²	•
Restringirá los activos a petición de jurisdicción extranjera	• ⁸³	• ⁸⁴	• ⁸⁵	•	•	• ⁸⁶	•
Puede ejecutar órdenes de una corte extranjera	• ⁹¹	• ⁹²	• ⁹³	•	•	• ⁹⁴	• ⁹⁵
Puede entablar caso de decomiso local con base en violación extranjera	• ¹⁰⁰	• ¹⁰¹	• ¹⁰²	• ¹⁰³	•	—	• ¹⁰⁴
Es posible devolver productos y activos al Estado peticionante	• ¹⁰⁸	• ¹⁰⁹	• ¹¹⁰	• ¹¹¹	•	• ¹¹²	•
Es posible retener porciones de los productos en el Estado peticionado	•	• ¹¹⁵	• ¹¹⁶	• ¹¹⁷	•	• ¹¹⁸	•

(Continúa página siguiente)

(Continuación apéndice I)

	Liech- tenstein	Fili- pinas	Sudá- frica	Suiza	Tai- landia	Reino Unido	Estados Unidos
Definición de activos y delitos							
El decomiso se aplica a una amplia variedad de delitos	•		•	• ³		•	•
El decomiso se aplica a delitos específicos		• ⁵			• ⁶		
Tanto productos como instrumentos están sujetos al decomiso		•	• ⁹		• ¹⁰		•
Sólo los productos están sujetos al decomiso	•			• ¹³		•	
Los activos sustitutos pueden estar sujetos al decomiso	• ¹⁸	• ¹⁹	•	• ²⁰		• ²¹	•
Medidas para investigación y preservación de activos							
Mecanismos para obtener evidencia	•	• ²⁶	•	• ²⁷	• ²⁸	• ²⁹	•
Restricción permitida antes del juicio	•	• ³³	•	•	• ³⁴	• ³⁵	•
Procedimientos generales y conceptos de evidencia							
Una acción de decomiso de activos NCB puede proceder cuando hay investigación o proceso penal pendiente y el delincuente está disponible para el proceso		• ³⁹	• ⁴⁰		• ⁴¹		•
Una acción de decomiso de activos NCB sólo puede tener lugar una vez concluida la investigación o el proceso penal, o si se establece que el delincuente no está disponible para el proceso	•			• ⁴²		• ⁴³	
No se requiere prueba de culpabilidad para el decomiso	• ⁴⁷	•	• ⁴⁸	• ⁴⁹	• ⁵⁰	• ⁵¹	•
Estándar de prueba para el decomiso = balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia		• ⁵⁴	• ⁵⁵			•	•
Estándar de prueba para el decomiso = más allá de la duda razonable o convicción íntima	•			• ⁵⁷			
El período del estatuto de limitaciones (prescripción) se limita generalmente a _ años		•	—	7 años ⁶⁰	20 años	12 años ⁶¹	—
El período del estatuto de limitaciones es ilimitado	•	• ⁶⁴	—	• ⁶⁵			—
Presunciones disputables se bosquejan en los estatutos del decomiso	• ⁶⁷	• ⁶⁸	—	• ⁶⁹	• ⁷⁰		• ⁷¹
Los activos pueden usarse para pagar asesor o para gastos de manutención	•	• ⁷⁵	•	• ⁷⁶		•	
Cooperación internacional y repatriación de activos							
La legislación incluye otorgamiento específico de jurisdicción extraterritorial	•	•	•	•	• ⁷⁸	•	•
Se requiere criminalidad dual para cooperar	•	•	•	•	•	•	•
Restringirá los activos a petición de jurisdicción extranjera	•	• ⁸⁷	•	• ⁸⁸	• ⁸⁹	• ⁹⁰	•
Puede ejecutar órdenes de una corte extranjera	•	• ⁹⁶	•	• ⁹⁷	• ⁹⁸	• ⁹⁹	•
Puede entablar caso de decomiso local con base en violación extranjera	•	• ¹⁰⁵	•	106	•	• ¹⁰⁷	•
Es posible devolver productos y activos al Estado peticionante	•	•	•	•	• ¹¹³	• ¹¹⁴	•
Es posible retener porciones de los productos en el Estado peticionado	•	• ¹¹⁹	•	• ¹²⁰	• ¹²¹	• ¹²²	•

Notas:

— indica que la respuesta no estuvo disponible al momento de publicación.

- indica que la práctica especificada es característica del sistema, con excepciones o explicaciones bosquejadas en nota al pie.

Notas acerca de la matriz

1. Ley 793 de 2002 sobre extinción del derecho a la propiedad de Colombia, artículo 2, par. 2.
2. Ley sobre El Decomiso de Dinero, etc. en Procedimientos civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, secciones 6, 10, 13 y 61.
3. Crímenes, delitos, infracciones.
4. La sección 22 de la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero de 2001 de Israel estipula el decomiso de activos NCB cuando el corte esté convencida de que: 1) la propiedad se obtuvo, directa o indirectamente, por comisión de un delito según la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero o como remuneración por dicho delito, o 2) se cometió un delito sobre dicha propiedad. Según la sección 2 de la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero, los delitos subyacentes por lavado de dinero se incluyen en la Lista 1 de la ley y se trata de delitos graves de los cuales los delincuentes derivan generalmente grandes ganancias.
5. Aplicable a productos de "actividades ilegales" o crímenes "predicados" específicos según la Ley de la República No. 9160, enmendada, de Filipinas. La sección 3(i) de la L.R. 9160 enmendada enumera los crímenes predicados como sigue:

"Actividad ilegal" se refiere a cualquier acto u omisión o serie o combinación de ellos que incluya o tenga relación directa con lo siguiente:

 - 1) Secuestro por rescate según el artículo 267 de la L.R. 3815, conocida también como Código Penal Revisado, enmendada.
 - 2) Las secciones 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 y 16 de la L.R. 9165, conocida también como Ley Integral sobre Drogas Peligrosas de 2002.
 - 3) La sección 3, pars. B, C, E, G, H e I de la L.R. 3019 enmendada, conocida también como Ley contra Sobornos y Prácticas Corruptas.
 - 4) Saqueo según la L.R. 7080 enmendada.
 - 5) Robo y extorsión según los artículos 294, 295, 296, 299, 300, 301 y 302 del Código Penal Revisado enmendado.
 - 6) Jueteng y Masiao sancionados como juego ilegal según Decreto Presidencial No. 1602.
 - 7) Piratería en alta mar según el Código Penal Revisado enmendado y el Decreto Presidencial No. 532.
 - 8) Robo calificado según el artículo 310 del Código Penal Revisado enmendado.
 - 9) Estafa según el artículo 315 del Código Penal Revisado enmendado.
 - 10) Contrabando, según las L.R. 455 y 1937.
 - 11) Violaciones según la L.R. 8792, conocida también como Ley sobre Comercio Electrónico de 2000.
 - 12) Secuestro y otras violaciones según la L.R. 6235; incendio premeditado destructivo y asesinato, según se definen en el Código Penal Revisado enmendado, incluso los perpetrados por terroristas contra personas no combatientes y objetivos similares.
 - 13) Prácticas fraudulentas y otras violaciones según la L.R. 8799, conocida también como Código de Regulación de Valores de 2000.
 - 14) Fechorías o delitos de naturaleza semejante punibles según las leyes penales de otros países".
Debe anotarse la sección 3(i)(14), que incluye otros crímenes de naturaleza semejante punibles según las leyes penales de otros países.
6. De acuerdo con la Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, sección 3, tienen vigencia nueve delitos subyacentes de lavado de dinero que se relacionan con narcóticos, tráfico de mujeres y niños, tráfico humano, fraude público, malversación de entidades financieras, mala conducta en el trabajo, extorsión y chantaje, evasión de impuestos, violaciones a las leyes sobre elecciones, terrorismo y juego ilegal.
7. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 329. También comprende productos literarios.
8. Ley 793 de 2002 sobre Extinción del Derecho de Propiedad de Colombia, artículo 2: "Se ordenará el decomiso ... en las siguientes circunstancias...2) la propiedad o propiedades se derivaron directa o indirectamente de actividad ilegal. 3) La propiedad se utilizó como medio o instrumento para realizar actividad ilegal, sea que dicha propiedad se utilizase para realizar dicha actividad o fuese parte del objeto del delito. 4) La propiedad o recursos implicados se derivaron de la transferencia o intercambio de otros bienes o recursos obtenidos directa o indirectamente de actividad ilegal, para realizar actividades ilegales, o fueron producto de, resultado, instrumento u objeto del delito".
9. Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, secciones 38(2), 48(1).
10. La Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, sección 3, define "activo implicado en un delito" como:

- 1) Dinero o propiedad derivado de la comisión de un delito predicado, o de contribuir a, o instigar la comisión de un delito predicado.
 - 2) Dinero o propiedad derivado de la venta, distribución o transferencia en cualquier forma del dinero o activo en (1).
 - 3) Frutos del dinero y propiedad en (1) o (2).
11. El decomiso está restringido al dinero. EL Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procesos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, secciones 3 y 13. La sección 3 expresa:
- 1) En esta Ley "dinero" significa:
 - a) billetes y monedas de la moneda de cualquier país.
 - b) giros postales.
 - c) cheques de cualquier clase, incluso cheques de viajeros.
 - d) giros bancarios.
 - e) bonos y acciones al portador.
 - f) estampillas postales de cualquier jurisdicción, que se encuentren en cualquier parte en el alguacilazgo.
 - 2) "Dinero" incluye también cualquier clase de instrumento monetario que:
 - a) Se encuentre en cualquier lugar del alguacilazgo.
 - b) Sea de cualquier clase o descripción especificada por regulaciones del Departamento del Interior efectuada después de consulta al Comité de Política y Finanzas del Estado de Alderney y los Propósitos Generales y Comité Asesor de Litigios Principales de Sark.
12. Según la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero de Israel, sección 22, la corte puede ordenar el decomiso de propiedad en procesos civiles, cuando esté convencida de que la propiedad se obtuvo en forma directa o indirecta por un delito según la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero o como remuneración por dicho delito, o se cometió un delito sobre dicha propiedad. La Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero no cubre el decomiso de activos NCB de instrumentos del crimen.
13. El Código Penal de Suiza, artículo 70, par. 1, decomisa "los activos resultantes de un delito o que fueron usados con intención de inducir o recompensar el delito", pero también los activos de reemplazo (activos adquiridos con productos del delito), en tanto pueda ser localizado su origen.
14. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 55.
15. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 3: "si no es posible localizar o ejecutar la incautación de la propiedad sujeta a decomiso en el momento del fallo, el juez puede ordenar el decomiso de propiedad o bienes sustitutos poseídos por la misma persona y de igual valor. Este artículo no debe interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros inocentes que actúan de buena fe".
16. La Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero de 2000, sección 23, aplica las secciones de activos sustitutos de la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas de Israel (sección 36G).
17. Salvo la residencia principal.
18. El decomiso de activos sustitutos es permitido, pero en circunstancias limitadas.
19. L.R. 9160 enmendada de Filipinas, sección 12©: "Donde la corte haya emitido una orden de decomiso del instrumento monetario o propiedad objeto de un delito de lavado de dinero definido en la sección 4, y dicha orden no puede ejecutarse por no poderse localizar con debida diligencia ningún instrumento monetario o propiedad particular, o si ha sido sustancialmente alterado, destruido, se ha disminuido su valor, o de otra forma se ha eliminado su valor mediante cualquier acto u omisión, directa o indirectamente, atribuible al delincuente, o se ha ocultado, removido, convertido o de otra forma transferido para impedir su hallazgo o evitar su decomiso, o está ubicado fuera de las Filipinas o ha sido colocado o llevado fuera de la jurisdicción de la corte, o ha sido mezclado con otros instrumentos monetarios o propiedad pertenecientes al delincuente o un tercero o entidad, produciendo así la misma dificultad para su identificación o segregación para propósito del decomiso, la corte puede, en lugar de ejecutar la orden de decomiso del instrumento monetario o propiedad o parte de ellos o de interés sobre ellos, ordenar en consecuencia al delincuente pagar una cantidad igual al valor de dicho instrumento monetario o propiedad. Esta provisión se aplicará tanto para el decomiso civil como para el penal".
20. Cuando no están disponibles los activos, el Código Penal de Suiza, artículo 71, par. 1, permite a la corte reemplazarlos con un reclamo compensatorio. Sin embargo, los activos sustitutos no pueden ser decomisados. El activo del caso puede restringirse durante la investigación, pero cuando el juez haya ordenado un reclamo compensatorio (un veredicto de dinero), debe ejecutarse mediante el procedimiento de cumplimiento de un veredicto con base en la Ley Suiza de Recaudo de Deuda Federal y Quiebras y, de

- ser necesario, validada por una acción civil basada en el derecho civil en cumplimiento de la ley suiza de procedimiento civil, como cualquier otro acreedor privado.
21. Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 305(1): "Donde la propiedad obtenida mediante conducta ilegal ('la propiedad original') es o ha sido recuperable, la propiedad que representa a la propiedad original constituye también propiedad recuperable".
 22. Exámenes, órdenes de producción, órdenes de monitoreo, búsqueda e incautación, notificación a entidades financieras (Ley sobre Productos del Crimen de Australia, Parte 3).
 23. Órdenes de producción, órdenes de información de cliente, órdenes de monitoreo de cuenta, órdenes de divulgación. Ver El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, Parte IV.
 24. Cualquier mecanismo disponible al juez de investigación o fiscal según los procedimientos de investigación penal.
 25. Según la Ordenanza de Procedimientos Penales (Arresto y Búsqueda) de 1969 de Israel, sección 43, cualquier individuo o entidad (financiera u otra) puede ser obligado por orden judicial a producir documentos, registros o cualquier otra evidencia a una corte, y según la sección 32 la policía puede incautar artículos incluso documentos y registros en el curso de búsquedas legales. Según la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero, sección 26, los poderes de búsqueda e incautación de la Ordenanza de Procedimientos Penales (Arresto y Búsqueda) se aplican con respecto a propiedad con relación a la cual puede emitirse una orden de decomiso según la Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero. Para cumplir esta Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero, los oficiales de la policía y funcionarios de aduana tienen poder de búsqueda provisto en la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas, sección 28(b)(4).
 26. La L.R. 9160 enmendada de Filipinas, sección 11, prevé la autoridad para investigar depósitos bancarios: "No obstante las provisiones de la Ley de la República No. 1405 enmendada, la Ley de la República 6426 enmendada, la Ley de la República 8791 y otras leyes, la AMLC puede indagar o examinar cualquier depósito o inversión particular con cualquier entidad bancaria o entidad financiera no bancaria por orden de cualquier corte competente en casos de violación de esta Ley, cuando se haya establecido que hay causa probable de que los depósitos o inversiones se relacionen con una actividad ilegal definida en la sección 3(i) de esta Ley o un delito de lavado de dinero según la sección 4 de la misma, con excepción de que no se requerirá de orden de la corte en los casos de actividades ilegales definidos en las secciones 3(i)(1), (2) y (12)". La Unidad de Inteligencia Financiera puede por sí sola realizar investigación bancaria, con causa probable, en ciertos casos, esto es, secuestro por rescate, violación de la Ley sobre Drogas Peligrosas, asesinato y actos perpetrados por terroristas contra no combatientes.
 27. Cualesquier mecanismos que el magistrado de investigación o el fiscal estén facultados para utilizar en un proceso penal (entre ellos órdenes de búsqueda e incautación).
 28. La Ley de Asistencia judicial Mutua en Asuntos Penales, de E.B. 2535 (1992) de Tailandia.
 29. Órdenes de producción, órdenes de divulgación, órdenes de monitoreo de cuenta, órdenes de información de cliente y potencialmente también órdenes de búsqueda e incautación.
 30. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 12: "El fiscal puede ordenar medidas preventivas o solicitar las mismas al juez asignado al caso, según sea apropiado. Dichas medidas pueden incluir la suspensión de los derechos para disponer de la propiedad, la incautación congelación de la propiedad, dineros en depósitos en el sistema financiero, títulos de propiedad, y sus productos, como también orden de no pago por dicha propiedad cuando su incautación física sea imposible. La Dirección Nacional de Estupefacientes actuará como guardián o depositario de la propiedad implicada o congelada en cualquier caso".
 31. El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, sección 10.
 32. La Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero de 2000 de Israel, sección 23, aplica secciones de restricción de la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas (secciones 36R(a) y (b)).
 33. Conforme a la L.R. 9160 enmendada de Filipinas, sección 10, la Corte de Apelaciones puede emitir una orden de censura *ex parte*, efectiva por 20 días, que puede ser extendida:
Sección 10: Congelación de instrumentos monetarios o propiedad. La Corte de Apelaciones, en aplicación *ex parte* por la AMLC y después de determinación de que existe causa probable de que cualquier instrumento monetario o propiedad está en cualquier forma relacionado con una actividad ilegal definida en la sección 3(i) de esta Ley, puede emitir una

orden de censura que será efectiva inmediatamente. La orden de censura se emitirá por un período de veinte (20) días a menos que sea extendida por la corte.

La sección 53(b) de las Reglas sobre Decomiso Civil de Filipinas prescribe un límite de 6 meses para la orden de censura. "A moción del peticionante presentada antes de la expiración de los veinte días a partir de la emisión de la orden de censura, la corte puede extender por buena causa su efectividad por un período no mayor de seis (6) meses".

34. Ver Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, secciones 34, 35, 36, 48.
35. Orden de censura de propiedad, orden de censura de propiedad y receptor de administración, orden interina de recibo.
36. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 319.
37. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 7: "La acción de decomiso se efectuará exclusivamente de acuerdo con esta ley y, sólo en los casos no dispuestos en este estatuto, el Código de Procedimiento Penal o el Código de Procedimiento Civil, en ese orden. En ninguna circunstancia puede tomarse una decisión lateral para impedir el fallo, ni puede demandarse el agrupamiento de los casos. Una vez considerado el expediente del caso por la corte, el caso tendrá prioridad sobre cualesquier otros casos en proceso en la materia, con excepción de aquellos casos que impliquen la resolución de la condición legal de un individuo bajo arresto".
38. Indiscutiblemente sí, pero es probable que surjan problemas prácticos y legales muy serios por los requisitos de evidencia en un proceso penal.
39. Las Reglas de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil (A.M. No. 05-11-04-SC) de Filipinas, secciones 27 y 28, estipulan:
 27. No es necesario un cargo, pendencia o condena anterior. No es necesario que haya ningún cargo penal, pendencia de, o condena para, una actividad ilegal o delito de lavado de dinero, para el inicio o la resolución de una petición de decomiso civil.
 28. Precedencia de los procesos. A Cualquier caso penal relativo a una actividad ilegal se le dará precedencia sobre el proceso de cualquier delito o violación según la Ley de la República No. 9160 enmendada, sin perjuicio de la presentación de una petición por separado para decomiso civil o la emisión de una orden de preservación de activos o de congelación. Dicha acción civil procederá al margen del proceso penal.
40. Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 50.
41. La Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, sección 58, estipula, "Cuando el activo implicado en la comisión de un delito esté sujeto a otro proceso legal que no se ha iniciado o esté pendiente de si sería más efectivo proceder según esta ley, entonces el gobierno procederá según está provisto en esta ley.
42. Cualquier solicitud de decomiso de activos NCB procede junto con la investigación y procesos penales. Si se descubren activos vinculados al delito durante una investigación, serán restringidos. Si no proceden los procesos penales (por ejemplo, el delincuente ha huido de la jurisdicción) habrá un decomiso de activos NCB una vez establecido un delito y que los activos se vinculan a él.
43. Actualmente el decomiso de activos NCB no puede proceder paralelamente a procesos penales donde se relacionan sustancialmente con los mismos activos o criminalidad. Las circunstancias en las que procesos penales y de decomiso de activos NCB e investigaciones no pueden proceder en paralelo están fuera del alcance de esta guía. Las jurisdicciones extranjeras interesadas deben contactar a la agencia pertinente de ejecución de la ley en el RU o al Ministerio del Interior del RU (U.K: Home Office).
44. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 80, 14(a).
45. El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, Parte V, sección 49.
46. Esto se aplica a la mayoría de los casos, aunque hay excepciones donde se requiere una condena.
47. Código de Procedimiento Penal de Liechtenstein, sección 356: "Si existe suficiente base para la suposición de que están dadas las condiciones previas para la absorción de enriquecimiento (sección 20 StGB (Stral-gesetzbuch, o Código Penal), decomiso (sección 20b, StGB) o confiscación (§ 26 StGB), sin la posibilidad de decidir sobre eso en procesos penales o en procesos dirigidos a la colocación en una de las instituciones a que se refiere las secciones 21 a 23 StGB, entonces el fiscal presentará una petición separada para el asunto de dicha orden financiera".
48. Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (Am) de 1998 de Sudáfrica, sección 50.
49. En un proceso local no hay necesidad de prueba de culpabilidad, sino más bien necesidad de probar la existencia del delito y el vínculo entre el activo y el delito. Si lo solicita un Estado extranjero y el delincuente fue procesado y hallado no culpable, dependerá de la razón.

50. A menos que sea disputado por el acusado.
51. Cuando se presenta una solicitud al Reino Unido por parte de un Estado consecuente sobre una condena penal para el decomiso de los activos, el procedimiento efectivamente incluye el registro de la orden extranjera, siempre que, por ejemplo, la conducta criminal sea conducta que constituye delito en cualquier parte del Reino Unido, o constituiría delito en cualquier parte del Reino Unido si ocurriese allí, existe condena penal y no hay apelación pendiente, la orden externa está en vigor y no se encuentra bajo apelación, y no infringe la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Donde se dé efecto a una orden externa mediante el decomiso de activos NCB (recuperación civil) no existe requisito de que la orden externa surja de una condena penal. Sin embargo, para que la corte acceda a la petición de registrar la orden externa, debe estar convencida de que se han cumplido ciertas condiciones establecidas en la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido o la Orden en Consejo (2005/3181). Éstas no se fijan en la cuestión de la prueba de culpabilidad. Sin embargo, la corte extranjera debe haber hallado que la propiedad o el dinero se obtuvieron como resultado de, o en conexión con, conducta criminal, y es para la recuperación de propiedad o suma de dinero especificada. "Conducta criminal" es conducta que constituye un delito en cualquier parte del Reino Unido, o lo constituiría en cualquier parte del Reino Unido de ocurrir allí.
52. El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey, sección 13(2).
53. Ley sobre Productos del Crimen de 1996 de Irlanda, sección 8(2).
54. Las Reglas de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil de Filipinas, sección 32, prevén: "La corte emitirá el veredicto dentro de los 30 días a partir de la remisión del caso para su resolución. Otorgará la petición si hay preponderancia de evidencia a favor del peticionante y declarará al instrumento monetario, propiedad o productos decomisados a favor del Estado o, en los casos apropiados, ordenar al acusado a pagar una cantidad igual al valor del instrumento monetario o propiedad y fallará las soluciones pertinentes".
55. Ley sobre Prevención del Crimen Organizado (AM) de 1998 de Sudáfrica, sección 50.
56. El estándar es inferior al de más allá de la duda razonable.
57. No se necesita probar la culpabilidad de una persona; sólo el hecho de que ha habido un delito y que el activo está vinculado al delito.
58. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, secciones 18, 19, 47 y 49.
59. El período de limitación está entre 10 y 20 años. Es de 20 años para funcionarios oficiales hallados culpables de enriquecimiento ilícito (Constitución de Haití, artículo 243).
60. El período de limitación general es de 7 años (Código Penal de Suiza, artículo 70, par. 3) a menos que el estatuto de limitación para el delito que generó los productos sea mayor. Estos períodos de limitación están provistos en el Código Penal, artículo 97, incluyendo 30 años si el delito es punible con sentencia de custodia de por vida, 15 años si el delito es punible con sentencia de custodia por más de 3 años, y 7 años si el delito es punible con cualquier otra pena.
61. Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 288(1).
62. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 24: "El decomiso puede ordenarse al margen de cuándo haya ocurrido la adquisición o uso ilegal de la propiedad. Se entenderá en todo momento que la adquisición ilegal de la propiedad no constituye título justo, gravemente va en detrimento del bienestar social del país y es una actividad que produce efectos permanentes".
63. Se aplica la ley de costumbre.
64. El crimen de saqueo donde el derecho a recuperar activos relacionado con eso no está "excluido por prescripción, negligencias o desestimación de una demanda" (L.R. 7080 (Ley que Define y Penaliza el Crimen de Saqueo, Filipinas, sección 6).
65. No existe estatuto de limitaciones para unos pocos crímenes específicos (Código Penal de Suiza, artículo 101).
66. La Ley sobre Productos del Crimen de 2002 de Australia, sección 54 presume que la propiedad es un instrumento de un delito una vez cumplidos ciertos criterios.
67. Las presunciones se aplican en circunstancias limitadas.
68. Reglas de Procedimiento en Casos de Decomiso Civil de Filipinas, sección 31: "Al emitir su veredicto la corte puede considerar los siguientes factores para determinar dónde cae la preponderancia de la evidencia:
 - a) Que el instrumento monetario, propiedad o productos están representados, implicados o relacionados con alguna actividad ilegal o un delito de lavado de dinero.

- 1) Si el valor de la cantidad implicada no es proporcionado al negocio o a la capacidad financiera o de ingresos de la persona.
 - 2) Si cualquier transacción indica una desviación clara del perfil o transacciones anteriores de la persona.
 - 3) Si una persona abre, mantiene o controla una cuenta con una entidad cubierta a nombre distinto al suyo o al de su negocio registrado a menos que exista autorización de la ley existente.
 - 4) Si una persona ha estructurado transacciones con el fin de evitar ser objeto de requisitos de información según la Ley de la República No. 9160 enmendada.
 - 5) Si existe cualquier transacción sin aparente obligación legal o comercial, propósito o justificación económica subyacente.
- b) Que el instrumento monetario, propiedad o productos cuyas fuentes se originaron en, o están materialmente vinculadas con, instrumentos monetarios, propiedad o productos utilizados en la comisión de una actividad ilegal o delito de lavado de dinero, están relacionados con dicha actividad ilegal o delito de lavado de dinero”.
69. Donde el proceso pruebe la existencia de la organización criminal, cualesquier fondos que se demuestre son mantenidos por esa organización criminal se presumen de origen criminal a menos que los tenedores demuestren lo contrario.
70. Ver la Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, secciones 51 y 52.
- Sección 51: “Si el acusado en la sección 50, parágrafo 1, está relacionado o solía estar relacionado con cualquier persona que cometió el delito predicado o delito de lavado de dinero, se presumirá que el dinero o activo está relacionado con un delito o que ha sido transferido deshonestamente, cualquiera que sea el caso”.
- Sección 52: “Si el acusado es un receptor según la sección 50, parágrafo dos, está relacionado o solía estar relacionado con cualquier persona que cometió el delito predicado o delito de lavado de dinero, se presumirá que el acusado ha adquirido un interés concedido en posesión deshonestamente.
71. Título 21 del Código de los Estados Unidos, sección 853(a): La persona convicta de delito está sujeta a decomiso si el gobierno establece que la propiedad fue adquirida durante el período de la violación y no existía origen probable de la propiedad distinto a la violación.
72. Sujeto a una solicitud de la corte según la sección 54 y Programa 1 Gastos El Decomiso de Dinero, etc., en Procedimientos Civiles del de 2007 del Alguacilazgo de Guernsey.
73. Gastos de manutención solamente, como se especifica en el Código de Procedimiento Civil.
74. La Ley sobre Prohibición de Lavado de Dinero de Israel aplica la provisión de las secciones 36C-J de la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas al decomiso de propiedad. La sección 36C de la Ordenanza sobre Drogas Peligrosas estipula. “b) La corte no ordenará el decomiso de ninguna propiedad a la que se refieren las secciones 36A o 36B a menos que esté convencida de que el dueño de la propiedad y los miembros de su familia que viven con él tienen medios razonables de soporte y vivienda razonable”.
75. Asunto no disputado pero parece ser permisible.
76. No por la ley, pero algunas decisiones de la corte lo permiten. Se trata de un asunto de proporcionalidad.
77. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 2: “Las órdenes de decomiso bajo esta ley son de naturaleza jurisdiccional, real y con valor, y se ejecutarán sobre cualquier principio real o derecho accesorio, al margen del control bajo el que se encuentren o de quién las haya obtenido y sobre propiedad compartida”.
78. La Ley para el Antilavado de Activos de 1999 de Tailandia, sección 6, prevé: “Quien cometa un delito de lavado de dinero, aun si comete el delito fuera del Reino, recibirá la pena en el Reino, según lo provisto en esta Ley, si:
- 1) El delincuente o codelincuente es ciudadano tai o reside en el Reino.
 - 2) El delincuente es extranjero y ha incurrido en acción para cometer un delito en el Reino o intenta recibir la consecuencia resultante de él en el Reino, o el Real Gobierno Tai es parte perjudicada; o
 - 3) El delincuente es un extranjero cuya acción se considera como delito en el Estado donde se cometió bajo su jurisdicción y si ese individuo aparece en el Reino y no es extraditado según la Ley de Extradición, se aplicará la sección 10 del Código Penal *mutatis mutandis*”.
79. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 337A.
80. Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) de Colombia, artículo 489: Puede prestarse asistencia judicial en asuntos penales, aun si la conducta pretendida no está definida en la ley, a menos que sea contraria a los valores y principios entronizados en la Constitución de Colombia.
81. El Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, sección 61.

82. Ley sobre Asistencia judicial Internacional de Israel, sección 33A(1).
83. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 337A.
84. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 21: "Los acuerdos y tratados de asistencia judicial mutua que se hayan firmado, aprobado y ratificados debidamente por Colombia serán completamente aplicables a fin de buscar cooperación para compartir activos cuando su contenido sea compatible con los procesos de decomiso". Y conforme a la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal de Colombia), artículo 389, "Limitar la asistencia. Puede prestar asistencia judicial en asuntos penales aun si la conducta que se pretende no está definida por la ley, a menos que sea contraria a los valores y principios entronizados en la Constitución de Colombia... La extinción de propiedad o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del mecanismo de poder en bienes, declarados por orden de una autoridad competente extranjera, puede operar en Colombia".
85. Sólo por, o con autoridad del Procurador General. El decomiso de dinero, etc., en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, sección 10.
86. La Ley sobre Asistencia judicial Internacional de 1998 de Israel, artículo 6, capítulo 3, permite la asistencia sólo para asuntos penales. La definición de "asuntos penales" incluye "un decomiso de propiedad en un proceso penal y un decomiso de propiedad en un proceso civil".
87. La L.R. 9160 de Filipinas, sección 13(b), permite al Consejo para el Antilavado de Activos (AMLC) restringir, a petición de un gobierno extranjero: "El AMLC puede cumplir una petición de asistencia de un Estado extranjero mediante: 1) la localización del origen, congelación, restricción e incautación de activos como presunto producto de cualquier actividad ilegal según los procedimientos de esta Ley; 2) suministro de información requerida por el Estado extranjero según los procedimientos de esta Ley; y 3) petición de una orden de decomiso de cualquier instrumento monetario o propiedad en la corte, provisto que la corte no emitirá dicha orden a menos que la petición esté acompañada de copia autenticada de la orden de una corte en el Estado peticionante ordenando el decomiso de dicho instrumento monetario o propiedad de una persona que ha sido condenada por delito de lavado de dinero en el mismo Estado y una certificación o testimonio de un funcionario competente del Estado peticionante declarando que la condena y la orden de decomiso son finales y no cabe apelación adicional al respecto de cada una".
Sin embargo, la petición puede ser rechazada en algunas instancias provistas en la L.R. 9160, sección 13(d). "El AMLC puede rehusar cumplir cualquier petición de asistencia en la que la acción pretendida por la petición contravenga cualquier provisión de la Constitución o sea probable que la ejecución de una petición perjudique el interés nacional de Filipinas, a menos que exista un tratado entre Filipinas y el Estado peticionante relativo a la prestación de asistencia con relación a delitos de lavado de dinero".
88. La Asistencia judicial Internacional Mutua en Asuntos Penales de Suiza, artículo 64.
89. Por medio de canales de asistencia judicial mutua.
90. Cuando una autoridad ejecutora pueda iniciar procesos para una orden de recuperación conforme al registro de una orden externa, puede solicitar a la corte una orden de censura de propiedad. Cuando exista una orden externa emitida por una corte del exterior donde se encuentre o se piense que la propiedad se ha adquirido como resultado o en conexión con una conducta criminal y sea para la recuperación de propiedad especificada o suma de dinero especificada (Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, sección 447(2), pueden obtenerse una orden de censura de propiedad o una orden de recibo interina en Inglaterra y Gales o Irlanda del Norte. No importa si la orden externa fue emitida en proceso penal o civil o algún otro proceso de corte. La capacidad de congelar la propiedad se aplica al margen de si los procesos han sido iniciados en el país desde el que se origina la orden externa por conducta criminal en relación a la propiedad (Orden en Consejo [2005/3181] ["Orden de Ley sobre Productos del Crimen"], artículo 42(3)). La orden externa puede ser una orden *in personam* o *in rem*. Por definición, la orden externa es para la recuperación de una propiedad especificada o una suma de dinero especificada. Se define "propiedad" como "toda propiedad donde quiera que esté situada e incluye: a) dinero, b) todas las formas de propiedad, real o personal, heredable o mueble; c) cosas en acción y otra propiedad intangible" (Ley sobre Productos del Crimen de 2002 Reino Unido, sección 447(4)).
91. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 337A.
92. Ley 793 de 2002 de Colombia, artículo 21 (ver nota al pie 8) y conforme a la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), artículo 489.

93. El Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, Parte V, sección 13. El país debe ser designado según la sección 53 de esta ley.
94. La provisión específica para asistencia a otros países sobre casos de decomiso civil es la Ley sobre Asistencia judicial Internacional de Israel, artículo 6 del capítulo 3, que fue promulgada y entró en vigencia en 1998.
95. En procesos de juicio sumario.
96. L.R. 9160 de Filipinas, sección 13(b), EL AMLC puede solicitar una orden de decomiso con la corte a petición de un gobierno extranjero. "EL AMLC puede cumplir una petición de asistencia de un Estado extranjero mediante: 1) la localización del origen, congelación, restricción e incautación de activos como presunto producto de cualquier actividad ilegal según los procedimientos de esta Ley; 2) suministro de información requerida por el Estado extranjero según los procedimientos de esta Ley; y 3) petición de una orden de decomiso de cualquier instrumento monetario o propiedad en la corte".
97. La orden será cumplida una vez la corte esté convencida de que ha existido un delito, el activo es producto de un delito procesado en Suiza también (penalidad dual), el Estado peticionante sería competente para procesar al delincuente (*ratione loci*), se respeta el estatuto de limitaciones, se ha efectuado un juicio justo, se ha demostrado el delito y se ha probado el vínculo entre el activo y el delito. Si la jurisdicción extranjera no ha iniciado procesos penales contra el delincuente se requiere una explicación. Si la jurisdicción extranjera procedió por vía de una orden de decomiso de activos NCB porque era más fácil, no se cumplirá la orden extranjera.
98. Por medio de canales de asistencia mutua legal.
99. Donde se expida una petición a Inglaterra o Gales por parte de un Estado extranjero consecuente sobre una condena criminal para el decomiso de los activos, el procedimiento es efectivamente un procedimiento que implica el registro de la orden extranjera, siempre que, por ejemplo, la conducta criminal sea conducta que constituya un delito en cualquier parte del Reino Unido, o constituiría un delito en cualquier parte del Reino Unido si ocurriese allí, hay condena penal sin apelación pendiente, la orden externa está vigente y no se encuentra bajo apelación, y no viola la Comisión Europea sobre Derechos Humanos.
Para cumplir una orden externa mediante el decomiso de activos NCB (recuperación civil), no existe el requerimiento de que se expida debido a una condena penal. Sin embargo, para que la corte acceda a la petición de registrar la orden externa debe cerciorarse de que se cumplan ciertas condiciones fijadas por la Ley sobre Productos del Crimen de 2002 del Reino Unido, o se cumpla la Orden en Consejo (2005/3181), las que no tienen en cuenta si existe prueba de culpabilidad. Sin embargo, la corte del exterior debe haber hallado que la propiedad o el dinero fueron obtenidos como resultado de, o en conexión con conducta criminal y se trata de la recuperación de propiedad especificada o de una suma de dinero especificada. "Conducta criminal" es conducta que constituye un delito en cualquier parte del Reino Unido o lo constituiría si ocurriese allí.
100. Ley sobre Productos del Crimen de Australia, sección 49.
101. Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) de Colombia, artículo 489; Convención de Viena, artículo 5; casos de Ignacio Gaitán Cendales, familia Nasser Arana y Eduardo Dávila Armenta.
102. El Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, secciones 13 y 61.
103. Delito predicado sujeto a doble acusación.
104. A petición especial.
105. La L.R. 9160 enmendada de Filipinas, sección 3(i)(14), considera las "fechorías o delitos de naturaleza similar punibles según las leyes penales de otros países" como delitos subyacentes.
106. Como regla general, esto no es posible. La ley suiza exige *ratione loci* competente para procesar el delito, a saber, el delito se comete en todo en parte en su territorio (artículos 3-7 del Código Penal), el delincuente es ciudadano suizo, o la víctima es ciudadano suizo. Existe una excepción en el artículo 24 de la ley federal sobre narcóticos que permite el decomiso de activos localizados en Suiza aun cuando el delito haya tenido lugar en un país extranjero. En la práctica, Suiza puede casi siempre iniciar un proceso local con base en un delito de lavado de dinero, sabiendo que el dinero que ha sido lavado y depositado en una cuenta bancaria suiza es producto de lavado de dinero y que el delincuente puede ser acusado por lavar los productos de su propio crimen.

107. Una agencia de ejecución de la ley del Reino Unido puede adoptar un caso de recuperación civil si el caso satisface los requisitos necesarios; por ejemplo, que exista suficiente evidencia de criminalidad y se satisfaga la prueba de la criminalidad dual. Recientemente, un veredicto francés de una condena penal fue utilizado junto con otra evidencia de criminalidad para asegurar una orden de recuperación.
108. Ley sobre Productos el Crimen de Australia, sección 297(1)(c).
109. De acuerdo con jurisprudencia repetida de la Corte Constitucional de Colombia, al considerar la cooperación internacional en asuntos penales, se requiere una ley local que autorice compartir los activos bajo la propiedad del Estado, especificando el procedimiento y asignando las destrezas y poderes necesarios. Sentencia C-404-99, juez Dr. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-280-1, juez Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-288-02, juez Dr. Rodrigo Escobar Gil.
110. Siempre que el Estado pueda establecer que es víctima según la sección 16 de EL Decomiso de Dinero, etc. en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, o según un acuerdo de activos compartidos después del cumplimiento de una orden de decomiso.
111. Donde hay un acuerdo existente.
112. De acuerdo con la Ley sobre Asistencia judicial Internacional de Israel, sección 42, el Ministro de Justicia tiene autoridad de prescribir que la propiedad decomisada, o parte de ella, o su equivalente, se transfiera al Estado en el que se expidió la orden de decomiso extranjera.
113. En situaciones de corrupción y malversación.
114. No existe transmisión automática a un Estado o autoridad extranjera de cumplimiento de la ley, de los activos recuperados en el Reino Unido conforme a una orden extranjera. La propiedad o su equivalente en dinero se coloca en los fondos consolidados del gobierno del Reino Unido. No existe poder o discreción legal que habilite a la corte del Reino Unido para remitir la propiedad a un Estado extranjero o a otro receptor. Sin embargo, el Reino Unido ha entrado en acuerdos con algunos estados extranjeros que le permiten compartir propiedad confiscada en el Reino Unido (descontando los costos de la recuperación) con el Estado extranjero. Aquí el decomiso de la propiedad aparece de una petición consecuente de condena penal. Sin embargo, no se considera que estos acuerdos de apliquen a procesos de recuperación civil y, por eso, el Reino Unido está analizando los acuerdos de activos compartidos con estados extranjeros con respecto a procesos de recuperación civil. Es posible también efectuar acuerdos de activos compartidos con base en cada caso. El Reino Unido buscará cumplir con la Uncac con respecto a los casos de corrupción y como tal remitir los productos y activos recuperados a la jurisdicción solicitante.
115. Tiene que haber un acuerdo de cooperación internacional o un memorando de entendimiento.
116. Sujeto a la devolución de los activos a las víctimas y a cualquier acuerdo sobre activos compartidos que pueda efectuarse. EL Decomiso de Dinero, etc., en la Ley de Procedimientos Civiles del Alguacilazgo de 2007 de Guernsey, secciones 16.
117. Donde hay un acuerdo existente.
118. De acuerdo con la Ley sobre Asistencia judicial Internacional de Israel, sección 42, el Ministro de Justicia tiene autoridad de prescribir que la propiedad decomisada, o parte de ella, o su equivalente, se transfiera al Estado en el que se expidió la orden de decomiso extranjera.
119. Si es procesado a nombre de las Filipinas, todo lo decomisado pertenece a Filipinas. Si es procesado a nombre de una jurisdicción extranjera, se trata de un asunto no resuelto. No existe provisión.
120. Si se van a devolver los activos directamente a las víctimas, Suiza no pretenderá retener una parte. Sin embargo, si se van a devolver al Estado solicitante, habrá un acuerdo para compartir.
121. Retener parte, si existen gastos para un tercero.
122. Con separación del asunto de la transmisión al Estado solicitante de los productos y activos recuperados, el Reino Unido buscará cumplir con la Uncac. Analizará el tema de retener dineros para cubrir sus gastos razonables con base en cada caso.

Apéndice II: conceptos básicos.

Hoja de referencia rápida

Imperativos primordiales

1. El decomiso sin condena (NCB) nunca debe sustituir al proceso penal.
2. Debe definirse la relación entre un caso de decomiso de activos NCB y cualquier proceso penal, incluyendo una investigación pendiente.
3. El decomiso de activos NCB debería estar disponible cuando el proceso penal no lo está o no es fructífero.
4. Las reglas de evidencia y procedimiento aplicables deben ser lo más específicas posible.

Definir los activos y delitos sujetos al decomiso de activos NCB

5. Los activos derivados de la mayor variedad posible de delitos penales deberían estar sujetos al decomiso de activos NCB.
6. Las categorías más generales de activos deben estar sujetas al decomiso.
7. La definición de activos sujetos al decomiso debe ser lo bastante general para abarcar nuevas formas de valor.
8. Los activos manchados adquiridos con anterioridad a la promulgación de una ley sobre decomiso de activos NCB deben estar sujetos al decomiso.
9. El gobierno debe tener discreción para fijar umbrales apropiados y lineamientos de política para el decomiso.

Medidas para la investigación y la preservación de activos

10. Deberían designarse medidas específicas que el gobierno pueda emplear para investigar y preservar activos pendientes de decomiso.
11. Las medidas de preservación e investigativas tomadas sin notificar al tenedor del activo deben ser autorizadas cuando la notificación pueda perjudicar la capacidad de la jurisdicción de procesar el caso de decomiso.
12. Debe existir un mecanismo para modificar las órdenes para preservación, monitoreo y producción de evidencia, y obtener un soporte de cualquier fallo adverso al gobierno pendiente de reconsideración o apelación de cualquier orden que pueda poner una propiedad confiscable más allá del alcance de la corte.

Conceptos procedimentales y evidenciales

13. Deben especificarse los requerimientos procedimentales y de contenido para la petición del gobierno y la respuesta del acusado.
14. Conceptos fundamentales como el estándar (la carga) de la prueba y el uso de presunciones refutables deben ser delineados por estatuto.
15. Donde se utilicen las defensas afirmativas, deben especificarse las defensas para el decomiso junto a los elementos de esas defensas y la carga de la prueba.
16. El gobierno debe estar autorizado para ofrecer una prueba por evidencia circunstancial y rumor.
17. Deberían proponerse estatutos aplicables de limitaciones (prescripción) para permitir máxima aplicabilidad del decomiso de activos NCB.

Partes de los procesos y requisitos de notificación

18. Quienes tienen interés legal potencial en la propiedad sujeta a decomiso tienen derecho a ser notificados de los procesos.
19. Un fiscal o agencia del gobierno debe tener autorización para reconocer acreedores asegurados sin requerirles presentar un reclamo formal.
20. A un fugitivo que rehúse regresar a la jurisdicción para enfrentar cargos penales pendientes no debe permitírsele disputar procesos de decomiso de activos NCB.
21. El gobierno debe estar autorizado para anular transferencias si la propiedad ha sido transferida a asociados o a cualquiera con conocimiento de la conducta ilegal subyacente.
22. Debe especificarse el grado al que un reclamante de activos confiscables pueda utilizar esos activos con el fin de impugnar la acción de decomiso o para gastos de manutención.

Procesos judiciales

23. Considerar autorizar procesos judiciales predeterminados cuando se ha notificado en forma apropiada y los activos permanecen sin reclamar.
24. Considerar permitir a las partes consentir el decomiso sin un juicio y autorizar a la corte a iniciar un juicio estipulado de decomiso cuando las partes acuerdan dicho procedimiento.
25. Especificar los remedios que se encuentren disponibles para el acusado en el evento de que el gobierno no pueda asegurar un juicio de decomiso.
26. El veredicto final de un decomiso de activos NCB debe expresarse por escrito.

Consideraciones organizativas y administración de los activos

27. Especificar qué agencias tienen jurisdicción para investigar y procesar asuntos de decomiso.

28. Considerar la asignación de jueces y fiscales con pericia o capacitación especial en decomisos para manejar el decomiso de activos NCB.
29. Debe existir un sistema para la planeación, mantenimiento y disposición de activos, previos al decomiso, que sea expedito y eficiente.
30. Establecer mecanismos para asegurar financiación previsible, continuada y adecuada para la operación de un programa eficaz de decomisos y limitar la interferencia política en las actividades de decomiso de activos.

Cooperación internacional y recuperación de activos

31. Debe utilizarse una terminología correcta, particularmente cuando está presente la cooperación internacional.
32. Debe garantizarse la jurisdicción extraterritorial a las cortes.
33. Los países deben tener autoridad para cumplir órdenes provisionales del extranjero.
34. Los países deben tener autoridad de ejecutar órdenes extranjeras de decomiso y deberían promulgar legislación que maximice la aplicabilidad de sus veredictos en jurisdicciones extranjeras.
35. El decomiso de activos NCB debe utilizarse para devolver la propiedad a las víctimas.
36. El gobierno debe estar autorizado para compartir activos con las jurisdicciones cooperantes o devolverlos a ellas.

Apéndice III: lista de la iniciativa StAR de contactos de punto focal

El 17 de septiembre de 2007, el Banco Mundial (BM) y las Naciones Unidas anunciaron un nuevo esfuerzo general llamado la Iniciativa StAR para ayudar a las naciones en desarrollo a construir capacidad para recuperar miles de millones de dólares en fondos saqueados. Al anunciar la iniciativa, el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, el Presidente del Banco Mundial, Robert B. Zoellick y el Director Ejecutivo de la Oficina de las NU contra el Tráfico de Drogas y el Crimen (Unodc), Antonio María Costa, observaron que es necesario un esfuerzo verdaderamente internacional para garantizar que los activos saqueados sean devueltos a sus dueños legítimos.

La iniciativa StAR contribuirá a:

- Desarrollar capacidad para responder y presentar peticiones de asistencia judicial mutua internacional;
- Adoptar e implementar medidas efectivas de decomiso, inclusive legislación sobre decomiso sin condena;
- Mejorar la transparencia y la responsabilidad de los sistemas públicos de administración financiera;
- Crear y fortalecer agencias nacionales contra la corrupción.
- Ayudar a efectuar el seguimiento a los fondos recuperados cuando lo soliciten los países.

Un objetivo importante para el éxito de la iniciativa StAR es construir una red global de países desarrollados y en desarrollo para trabajar colectivamente en la recuperación de activos robados.

Actualmente no existe una lista mundial para contactar funcionarios nacionales designados que puedan actuar como puntos focales del gobierno para ayudar a los países en los casos de activos robados, especialmente los que implican personas políticamente expuestas (PEP) y quienes sobornaron a funcionarios públicos. Así, la Unodc, la Interpol y el BM trabajarán conjuntamente a fin de restablecer una Lista StAR de Puntos Focales de funcionarios en los países que puedan responder a peticiones de emergencia para asistencia. Interpol colocará la información en su sitio *web*.

Para identificar un punto focal en su país, le solicitamos amablemente que responda las siguientes preguntas y envíe sus respuestas para el 2 de mayo a Mr. Arnaud Tasciyan, Interpol, vía e-mail: A.Tasciyan@interpol.int y a Mr. Ted Greenberg, Unidad de Integridad de Mercados Financieros del BM, vía e-mail: tgreenberg@worldbank.org o vía fax al (202) 522-2433.

Cuestionario para designar puntos focales para identificar, rastrear e incautar productos de la corrupción

1. Por favor identifique un Punto Focal (individuo u oficina) del gobierno a quien los gobiernos extranjeros puedan contactar 24 horas al día, 7 días a la semana para asistencia técnica y legal en asuntos de activos robados. Incluya los números de teléfono y fax, y también direcciones de correo electrónico.*
2. Por favor indique las oficinas clave dentro de su gobierno que puedan intervenir en acciones de decomiso penal o sin condena relativas a activos robados.
3. ¿Qué tipo de información necesita su gobierno de un gobierno solicitante para asistir exitosamente en la identificación, rastreo o incautación de activos robados?
4. ¿Qué evidencia es necesaria para que su gobierno inicie su propia investigación penal o una acción civil sobre activos robados o malversados?
5. ¿Tiene su país autoridad para ejecutar veredictos extranjeros de decomiso?

* Por favor indique si la información puede colocarse en el sitio *web* de Interpol.



NACIONES UNIDAS
Oficina sobre drogas y crimen



BANCO MUNDIAL
Trabajar para un mundo
libre de pobreza



Apéndice IV: formulario de perfil financiero

Formulario de perfil financiero

Un elemento central de cualquier investigación financiera es el desarrollo de un perfil financiero completo de un individuo, que puede ser la clave para establecer el nivel de criminalidad y acumular evidencia para apoyar un caso de decomiso de activos NCB en un proceso penal. Es también esencial en el decomiso penal al efectuar remisiones a la corte sobre el beneficio de la conducta criminal y la tenencia de activos.

El siguiente formulario se adaptó de un formulario de perfil financiero utilizado actualmente en el Reino Unido y contiene suficiente información para producir un perfil efectivo, que puede actualizarse en forma continua y generar líneas adicionales de investigación a medida que se desarrolla el perfil. Habiendo identificado cuentas bancarias y otras cuentas financieras, pueden buscarse órdenes de producción de las cortes a fin de obtener la evidencia documental necesaria. El análisis de esta evidencia identificará cualquier disparidad entre los ingresos y los gastos y activos al realizar comparaciones. Asimismo, suministrará indicios sobre las tipologías de lavado de dinero que se utilizan, por ejemplo, por medio de un negocio para cubrir el origen de los fondos. Puede realizarse una evaluación de la escala de criminalidad y la duración sobre la que ha ocurrido.

Puede ser útil llenar el formulario durante una entrevista del individuo bajo investigación. La revelación limitada de un sospechoso puede constituir en sí misma evidencia útil. Puede haber un elemento de ocultamiento o un intento de distanciarse a sí mismo de una cuenta o de un activo.

El examen de evidencia financiera en el contexto del análisis del vínculo proporcionará también evidencia valiosa de la transferencia de fondos entre individuos o entidades de negocios. Estos productos analíticos pueden integrarse con datos de comunicaciones y registros de vigilancia para producir un paquete de evidencia que ayude para emitir un veredicto sobre los cargos que deben presentarse.

La evaluación de un perfil financiero puede ofrecer oportunidades útiles para incautar dinero, lo que puede ser particularmente importante si un proceso penal es impráctico por cualquier razón. Se ha reconocido ampliamente que la economía criminal es mucho más intensiva en dinero que la economía legítima. Un elemento importante del lavado de dinero puede ser el movimiento de dinero a través de fronteras, lo que fue reconocido por la GAFI y se trata en la novena Recomendación Especial sobre correos de dinero. La incautación de dinero desestabiliza

cualquier actividad criminal y el decomiso posterior ofrece una oportunidad, particularmente en los casos de corrupción, para devolver los fondos a los legítimos dueños.

Uso de órdenes de producción en el Reino Unido

Las órdenes de producción son órdenes de una corte expedidas por un juez que permiten a los investigadores financieros obtener información sobre los asuntos financieros de un sospechoso. Una orden de producción requiere que la persona que esté en posesión o control del material buscado la produzca para copiarlo o llevarlo, lo que usualmente se hace en el término de siete días a menos que el juez decida que sea apropiado un período más largo o más corto.

El uso de órdenes de producción puede dividirse ampliamente para cubrir dos conjuntos de circunstancias. En la mayoría de los casos, las órdenes de producción se relacionan con quienes tienen un deber de confidencialidad, esto es, quienes mantienen material en el curso de un negocio y son cooperativos pero requieren la protección de una orden de producción para evitar un litigio. Este grupo incluye generalmente entidades financieras, abogados y contadores.

El segundo grupo incluye los que no están dispuestos a suministrar material; aunque en este caso no se trata de sospechosos formales, pueden ser reacios a colaborar en la investigación. Es común en las primeras etapas de una investigación que los individuos sean identificados como tenedores de material, pero no es posible establecer el nivel de su participación en la criminalidad. Una prioridad es asegurar evidencia, y estas son las circunstancias en las que puede ser apropiado solicitar una orden para la producción inmediata de material a fin de impedir la falsificación, el ocultamiento o la destrucción.

Cualquier falla en cumplir una orden de producción se trata como un desacato a la corte. Puede también justificar el problema de expedir una orden de búsqueda, si es necesario, por la fuerza, e incautar material con un probable valor sustancial para la investigación.

Habiendo sido servido con una orden de producción, un individuo está bajo la obligación legal de no perjudicar la investigación haciendo una divulgación sobre ella o sabotear falsificando evidencia pertinente a la investigación.

Es importante que la agencia de ejecución de la ley reconozca la investigación financiera como una herramienta que se extiende más allá de los límites del crimen financiero y el terrorismo. Las órdenes de producción se utilizan también en investigaciones de crímenes importantes como fuente valiosa de evidencia, por ejemplo, detectando movimientos de sospechosos y víctimas. Las investigaciones financieras pueden llevar a la identificación de testigos de un crimen e identificar evidencia adicional, como metraje de televisión de circuitos cerrados.

Órdenes de seguimiento de cuentas

Una orden de seguimiento de cuenta permite una vigilancia financiera en tiempo real. La orden está disponible para lavado de dinero, decomiso penal, e investigaciones de incautación de dinero y capacita al investigador para observar las transacciones de una cuenta. El análisis del producto puede establecer tipologías utilizadas y presentar oportunidades de incautación de dinero, por ejemplo, ubicando las localizaciones de frecuentes grandes retiros de dinero.

Perfil financiero

Nombre	URN
Apellidos	
Alias	Fecha de nacimiento
Dirección	

Comercial

Drogas

Funcionario del caso penal

Equipo/Rama

Tel

Investigador financiero

Equipo/Rama

Tel

Abogado del caso penal.....

Tel Fax

Consejero del caso penal

Tel Fax

Abogado del caso financiero.....

Tel Fax

Consejero financiero

Tel Fax

Contador forense.....

Tel Fax

Perfil financiero. Índice y Hoja de revisión

Parte 1: Perfil financiero personal

ACTIVOS	Dinero / valores incautados	
	Cuentas bancarias	
	Otras cuentas bancarias / formación de sociedades	
	Ahorros nacionales	
	Bonos con prima	
	Acciones	
	Sociedades de inversión	
	Pólizas de seguro de vida / de capital diferido	
	Vehículos motorizados	
	Embarcaciones / casas rodantes, etc.	
	Otros	
	Valor de donaciones a terceros	
PASIVOS	Tarjetas de crédito	
	Tarjetas de memoria	
	Contratos de crédito	
	Pagos de mantenimiento / Pagos CSA	
	Veredictos de corte / multas / órdenes de decomiso anteriores	
	Otros pasivos / deudas	
	Sobregiros actuales	
	Solvencia personal	
INGRESO DECLARADO	Empleo	
	Empleo anterior	
	Detalles de impuesto sobre la renta	
	Otras fuentes de ingreso en propiedad	
PROPIEDADES	Detalles de las propiedades	
	Ocupantes	
	Propiedad arrendada	
	Propiedad propia	
	Valor	
	Hipoteca	
	Otros cargos de propiedades	

PROPIEDADES	Terrenos arrendados (derechos de arriendo)	
	Interés de terceros	
	Contenido de la residencia	
UTILIDADES (Pasivos de propiedades)	Cargos comunitarios	
	Cuentas de agua	
	Cuentas de electricidad	
	Cuentas de gas	
	Cuentas de teléfono	
	Cuentas de teléfonos celulares	
	Seguros de propiedades	

Parte 2: Perfil financiero de negocios

ACTIVOS DE NEGOCIOS	Cuentas bancarias	
	Vehículos motorizados	
	Planta / maquinaria, etc.	
	Instalaciones y enseres de oficina / comercio	
	Otra propiedad con valor	
	Acciones comerciales	
	Construcciones en curso	
	Deudores totalmente asegurados	
	Deudores parcialmente asegurados	
PASIVOS DE NEGOCIOS	Empleados	
	Acreedores totalmente asegurados	
	Acreedores parcialmente asegurados	
	Tarjetas de crédito	
	Tarjetas débito	
	Contratos de crédito	
	Órdenes de débito / vigentes directas	
	Veredictos de cortes	
	Orden de encarcelamiento / Liquidación voluntaria	
	Otros pasivos contractuales	
	Impuestos corporativos / sobre la renta	
	Impuesto al valor agregado	

PARTICIPACIÓN EN NEGOCIOS	Evaluación preliminar	
	Asociación / empresa comercial	
	Directores / socios de la empresa	
	Documentación de la empresa	
	Participación en otros negocios	
	Propiedad realizable poseída por el negocio	
PREDIOS DE NEGOCIOS	Activos	
	Otros ocupantes	
	Pasivos	
	Hipotecas (de los negocios)	
	Otros cargos a la propiedad	
	Gastos de honorarios / de negocios	
	Cuentas de agua (del negocio)	
	Cuentas de electricidad (del negocio)	
	Cuentas de gas (del negocio)	
	Cuentas de teléfonos (del negocio)	
	Seguro de la propiedad (del negocio)	
	Seguro de inventario (del negocio)	
	Reclamos a la compañía de seguros	

Parte 1: Perfil financiero personal de

Ingresos declarados

Empleo

	<i>Empleo actual</i>	<i>Empleo anterior</i>
Nombre del empleador o autoempleado:		
Ocupación:		
Ingreso neto:		
Semanal / mensual / anual:		
Fecha de entrada:		
Fecha de salida:		
Notas:		

Detalles de impuesto sobre la renta

Período cubierto:	
Número de referencia tributario:	
Impuesto pagado:	
Oficina de impuestos:	
Notas:	

Otras fuentes de ingresos

Fuente de ingreso	
Notas:	

Propiedad**Detalles de la propiedad**

	<i>Propiedad actual</i>	<i>Dirección anterior</i>
Dirección completa y código postal:		
Fecha de compra:		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Fecha de último valor:		
Nombre y dirección del evaluador:		
Propiedad a nombre de:		
Hipoteca / cargos:		
Copia de oficina de registro de la tierra adjunta (S / N), y fecha:		
Notas:		

Hipoteca

Nombre del acreedor hipotecario:	
Dirección del acreedor hipotecario:	
Nombre(s) de la cuenta:	
Número de la cuenta:	
Cantidad del préstamo:	
Fecha inicial:	
Saldo de la cuenta:	
Pago semanal / mensual:	
Forma de pago:	
Retrasos:	
Notas:	

Otros cargos sobre la propiedad:

Acreedor:	
Dirección del acreedor:	
Cantidad adeudada:	
Fecha de la deuda:	
Razón de la deuda:	
Notas:	

Arriendo de terreno (propiedad en arriendo)

Nombre del arrendador:	
Dirección del arrendador:	
Pago mensual / anual:	
Vencimiento:	
Método de pago:	
Notas:	

Interés de terceros en la propiedad

Condición:	
Nombre:	
Cantidad:	
Hipoteca de contribución:	
Gastos de contribución:	
Notas:	

Contenido de la vivienda (sólo valores significativos, antigüedades, pinturas, joyería, etc. y videos / fotos)

<i>Descripción</i>	<i>Valor</i>
Notas:	

Utilidades (Pasivos de la propiedad) (incluye pagos hipotecarios de arriba)

Cargos comunitarios

	<i>Cargo comunitario</i>	<i>Agua</i>	<i>Electricidad</i>	<i>Gas</i>
Autoridad que recibe el pago:				
Cargo anual:				
Fecha y forma de pago:				
Retrasos vigentes:				
Notas:				

Teléfono

	<i>Teléfono</i>	<i>Celular</i>
Número telefónico:		
Autoridad que recibe el pago:		
Cargo anual:		
Fecha y forma de pago:		
Retrasos vigentes:		
Factura detallada adjunta (S / N)		
Notas:		

Seguro de la propiedad

Compañía de seguros:	
Monto asegurado:	
Riesgos cubiertos:	
Valor del pago semanal / anual:	
Fecha de pago:	
Forma de pago:	
Riesgos especiales:	
Notas:	

Activos

Dinero/valores incautados por la policía / aduana

Cantidad/valor:	
Depositado en:	
Fecha del depósito:	

Referencia del depósito:	
Incautado de dónde:	
Restringido (S / N):	
Notas:	

Cuentas bancarias / formación de sociedad

Nombre del banco:	
Dirección del banco:	
Código de producto (especie:)	
Número de cuenta:	
Tipo de cuenta:	
Nombre completo del cuentahabiente:	
Saldo actual:	
Rotación anual de crédito:	
Rotación anual de débito:	
Notas:	

Ahorros nacionales

Números de los certificados:	
Valor:	
Entidad:	
Cantidad y fecha de adquisición:	
Notas:	

Bonos con prima

Números de los certificados:	
Valor:	
Entidad:	
Cantidad y fecha de adquisición:	
Notas:	

Acciones

	<i>Acciones cotizadas</i>	<i>Acciones no cotizadas</i>
Nombre de la empresa:		
Cantidad de acciones:		
Ubicación de los certificados:		
Valor de las acciones:		
Oficina de transferencia de las acciones:		
Notas:		

Sociedades de inversión

Descripción de los fondos:	
Número de unidades de inversión:	
Valor:	
Nombre y dirección del tenedor:	
Notas:	

Pólizas de seguro de vida / de capital diferido

Compañía de seguros:	
Dirección de la agencia:	
Detalles de la póliza:	
Valor de readquisición:	
Beneficiario:	
Prima semanal / mensual / anual:	
Forma y fecha de pago:	
Ligada a hipoteca (S / N):	
Notas:	

Vehículos de motor, embarcaciones / casas rodantes

	<i>Vehículos de motor</i>	<i>Embarcaciones / casas rodantes, etc.</i>
Marca y modelo:		
Ubicación:		
Marca de registro (si se aplica):		
Detalles del vendedor (vehículos de motor):		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Cuidador (registrado):		
Arriendo con opción de compra (S / N):		
Nombre de la empresa:		
Dirección de la empresa:		
Fecha del contrato:		
Saldo del contrato:		
Notas:		

Otras propiedades personales

<i>Descripción</i>	<i>Poseedor</i>	<i>Ubicación</i>	<i>Precio de compra</i>	<i>Valor</i>
Notas:				

Daciones a terceros

<i>Descripción</i>	<i>Poseedor</i>	<i>Ubicación</i>	<i>Precio de compra</i>	<i>Valor</i>

Pasivos**Tarjetas de crédito**

Nombre de la tarjeta, p. ej., acceso:	
Monto de la deuda o crédito:	
Promedio de pagos:	
Nombre del tarjetahabiente:	
Notas:	

Tarjetas de memoria

Nombre de la tarjeta	
Monto de la deuda o crédito:	
Promedio de pagos:	
Nombre del tarjetahabiente:	
Notas:	

Contratos de crédito

Nombre de la empresa:	
Agencia:	
Propósito del préstamo:	
Cantidad del préstamo:	
Deuda pendiente:	
Pagos mensuales:	
Retrasos:	
Notas:	

Pagos de mantenimiento

Corte / oficina:	
Fecha de la orden:	
Beneficiario:	
Monto del pago:	
Fecha de pago:	
Forma de pago:	
Notas:	

Veredictos de corte / multas / órdenes de decomiso

Corte:	
Fecha de la orden:	
Beneficiario:	
Monto del pago:	
Fecha de pago:	
Forma de pago:	
Notas:	

Otros pasivos / deudas

Acreedor:	
Dirección del acreedor:	
Monto de la deuda / obligación:	
Detalles de la deuda:	
Notas:	

Sobregiros reales

Banco:	
Dirección y teléfono:	
Código de producto / número de cuenta:	
Cantidad:	
Notas:	

Solvencia personal

Orden de quiebra (S / N):	
Fecha de la orden:	
Consignatario / receptor oficial:	
Dirección:	
Contacto y No. telefónico:	
Notas:	

Parte 2: perfil financiero de negocio de ...

Participación en el negocio

Evaluación preliminar

Predios del empresario individual y el negocio son propiedad realizable (S / N):	
Participación sustancial en asociación/ compañía limitada y la participación es en sí misma propiedad realizable (S / N):	
La asociación / empresa mantiene propiedad realizable (S / N):	
Notas:	

Asociación comercial / empresa

Nombre:	
Fecha de inicio:	
No. de registro de la empresa (si se aplica).	
No. de registro de IVA:	
Dirección comercial:	
Dirección registrada:	
Notas:	

Directores / socios de la empresa

Nombre:	
Dirección:	
Posición:	
Notas:	

Documentación de la empresa

Detalles de la empresa (S / N):		Fecha:	
Cuentas financieras (S / N):		Fecha:	
Rendimientos anuales:		Fecha:	
Notas:			

Participación del sujeto en el negocio

<i>Detalles</i>	<i>Valor</i>
Notas:	

Propiedad realizable poseída por el negocio

<i>Detalles</i>	<i>Valor</i>
Notas:	

Predios del negocio

Activos

Nombre comercial:	
Dirección comercial:	
Propiedad plena / arriendo / alquiler (si alquiler, ver abajo):	
Lote registrado (S / N):	
Número del título:	
Precio de compra:	
Fecha de compra:	
Valor pendiente:	
Deuda atrasada actual:	
Valor actual:	
Fecha de último avalúo:	
Nombre del evaluador:	
Dirección del evaluador:	
Notas:	

Otros ocupantes

Parte de predios subarrendada (S / N):	
Detalles de subarriendo de parte 1:	
Nombre del arrendatario:	
Dirección el arrendatario:	
Monto pagado:	
Receptor del pago:	
Detalles de subarriendo de parte 2:	
Nombre del arrendatario:	
Dirección del arrendatario:	
Monto pagado:	
Receptor del pago:	
Detalles de cualquier participación de tercero(s):	
Notas:	

Predios en arriendo

Nombre del arrendador:	
Dirección del arrendador:	
Arriendo semanal / mensual:	
Forma de pago / quién paga	
Notas:	

Hipoteca

Nombre del acreedor hipotecario:	
Dirección del acreedor hipotecario:	
Número de la cuenta:	
Nombre(s) de la cuenta:	
Cantidad del préstamo:	
Pago semanal / mensual:	
Forma de pago / quién paga	
Notas:	

Otros cargos sobre la propiedad

Acreedor:	
Dirección del acreedor:	
Cantidad adeudada:	
Fecha de registro:	
Notas:	

Gastos comerciales

	<i>Tarifas / cargos del negocio</i>	<i>Agua</i>	<i>Electricidad</i>	<i>Gas</i>	<i>Teléfono</i>
Autoridad que recibe el pago:					
Cantidad semanal / mensual:					
Método de pago:					
Retrasos vigentes:					
Notas:					

Seguro comercial

	<i>Predios</i>	<i>Contenido</i>
Nombre del asegurador:		
Dirección del asegurador:		
Monto asegurado:		
Riesgos cubiertos:		
Pago semanal / mensual:		
Forma de pago / quién paga:		
Notas:		

Reclamos a la compañía de seguros

Compañía de seguros:	
Fecha del reclamo:	
Tipo del reclamo:	
Monto del reclamo:	
Monto del pago:	
Fecha del pago:	
Forma del pago:	
Copia del reclamo adjunta (S / N):	
Notas:	

Activos del negocio**Cuentas bancarias del negocio**

Nombre del banco:	
Dirección de la agencia:	
Código del producto:	
Número de la cuenta:	
Nombre(s) de la cuenta:	
Saldo actual:	
Fecha del saldo:	
Rotación crédito:	
Rotación débito:	
Signatarios de la cuenta:	
Nombre:	
Notas:	

Vehículos de motor, planta / maquinaria, etc.

	<i>Vehículos de motor</i>	<i>Planta / maquinaria, etc.</i>
Marca y modelo:		
Marca de registro (si se aplica):		
Detalles del vendedor (vehículos de motor):		
Precio de compra:		
Valor actual:		
Cuidador (registrado):		
Arriendo con opción de compra (S / N):		
Nombre de la empresa:		
Dirección de la empresa:		
Fecha del contrato:		
Saldo el contrato:		
Notas:		

Instalaciones y enseres de oficina / negocio

Marca y modelo:	
Número de serie:	
Precio de compra:	
Valor actual:	
Arriendo con opción de compra (S / N):	
Nombre de la empresa arrendadora:	
Dirección de la empresa:	
Fecha del contrato:	
Notas:	

Otra propiedad con valor

Detalles:	
Detalles del registro si se aplica:	
Precio de compra:	
Valor actual:	
Cuidador / ubicación:	
Arriendo con opción de compra (S / N):	
Nombre de la empresa:	
Dirección de la empresa:	
Fecha del contrato:	
Saldo del contrato:	
Notas:	

Acciones en bolsa

<i>Detalles</i>	<i>Valor</i>	<i>Fecha del valor</i>
Notas:		

Construcciones en curso

<i>Detalles</i>	<i>Valor</i>	<i>Fecha del valor</i>
Notas:		

Deudores totalmente asegurados (del negocio)

<i>Nombre</i>	<i>Dirección</i>	<i>Monto</i>	<i>Seguridad</i>
Notas:			

Deudores parcialmente asegurados (del negocio)

<i>Nombre</i>	<i>Dirección</i>	<i>Monto</i>	<i>Seguridad</i>
Notas:			

Pasivos del negocio

Empleados

De tiempo completo:	
De tiempo parcial:	
Salarios pendientes de pago:	
Notas:	

Acreeedores totalmente asegurados (del negocio)

<i>Nombre</i>	<i>Dirección</i>	<i>Monto</i>	<i>Seguridad</i>
Notas:			

Acreeedores parcialmente asegurados (del negocio)

<i>Nombre</i>	<i>Dirección</i>	<i>Monto</i>	<i>Seguridad</i>
Notas:			

Tarjetas de crédito, tarjetas débito

	<i>Tarjetas de crédito</i>	<i>Tarjetas débito</i>
Nombre de la tarjeta:		
Monto de la deuda o crédito:		
Promedio de pagos:		
Nombre del tarjetahabiente:		
Notas:		

Contratos de crédito (del negocio)

Nombre de la empresa:	
Agencia:	
Propósito del préstamo:	
Monto del préstamo:	
Monto de la deuda:	
Pagos mensuales:	
Retrasos:	
Notas:	

Órdenes directas débito / pendientes

Nombre del banco:	
Detalles de la agencia:	
Número de la cuenta:	
Nombre(s) de la cuenta:	
Monto semanal / mensual:	
Vencimiento:	
Pagadero a:	
Notas:	

Veredictos de corte

Corte:	
Fecha de la orden:	
Monto de la orden:	
Forma de pago:	
Notas:	

Orden de liquidación / liquidación voluntaria

Orden de Liquidación (S / N):	
Liquidación voluntaria (S / N):	
Fecha de la orden:	
Resolución:	
Notas:	

Otras obligaciones contractuales

<i>Detalles</i>	<i>Monto</i>	<i>Fecha de pago</i>
Notas:		

Impuestos corporativos / sobre la renta

Nombre del revisor de impuestos:	
Dirección del revisor de impuestos:	
Distrito:	
Número de referencia:	
Monto de la deuda:	
Notas:	

Impuesto al valor agregado

Oficina del IVA:	
Dirección:	
No. de registro de IVA:	
Monto de la deuda:	
Procesos pendientes (S / N):	
Notas:	

Artículos en los predios controlados por el sujeto, pero no pertenecientes a él (como bienes en contrato, en préstamo, para reparación, o de otra forma reclamados por alguna otra persona) (debe buscarse evidencia de soporte del reclamo).

<i>Artículo</i>	<i>Valor</i>	<i>Interés de tercero(s)</i>
Notas:		

Apéndice V: modelo de orden para producir documentos corporativos y otros en una investigación sobre corrupción

I. Definiciones e instrucciones

A. Definiciones

- 1) El término “Empresa” significa la entidad de negocio a la cual se dirige esta orden e incluye todas sus afiliadas, negocios conjuntos, subsidiarias, subdivisiones y sucesores en interés así como todos sus actuales y anteriores directores, funcionarios, socios, empleados, agentes y demás personas que pretendan actuar a nombre de cualquiera de los anteriores.
- 2) El término “documento(s)” significa todo material escrito o impreso de cualquier clase, formal o informal, inclusive originales y copias no idénticas de ellos, sea que la diferencia con el original se deba a cualquier anotación hecha sobre dichas copias o a otra razón, en posesión, custodia o control de la empresa, dondequiera esté localizada, incluyendo, sin limitación, papeles, correspondencia, memorandos, notas, diarios, material estadístico, cartas, telegramas, minutas, contratos, informes, estudios, cheques, declaraciones, recibos, reenvíos, resúmenes, panfletos, libros, comunicaciones inter e intra-oficinas, ofertas, anotaciones de cualquier clase de conversaciones, llamadas telefónicas, reuniones u otras comunicaciones, boletines, materiales de crédito, listados de computador, discos duros, unidades de memoria, discos duros removibles, disquetes, bases de datos de computadores grandes y personales, teletipos, materiales de télex, facturas, hojas de trabajo, y todos los borradores, alteraciones, modificaciones, cambios y enmiendas de cualquier naturaleza o clase de los anteriores, y todos los registros gráficos y auditivos o representativos de cualquier clase, videocintas, grabaciones de sonido, películas, y cualquier grabación electrónica, mecánica o eléctrica, películas o representativas de cualquier clase, incluyendo sin limitación cintas, casetes, discos, grabaciones y filmes.
- 3) El término “documento(s)” significa también cualquier contenedor, carpeta de archivos u otro documento adjunto con cualquier marca o identificación en el que se mantengan otros “documentos”, pero no incluye los gabinetes de archivo. En todos los casos en que cualquier original o copia no idéntica de cualquier original no esté en posesión, custodia o control de la empresa, el término “documento” incluirá cualquier copia del original y cualquier copia no idéntica de aquél.
- 4) Debe interpretarse que la palabra “y” incluye la palabra “o” y viceversa.
- 5) El término “persona” significa cualquier persona natural, derecho de propiedad, corporación, asociación, negocio conjunto, asociación no incorporada, agencia gubernamental,

o cualquier subdivisión, afiliado, funcionario, director, empleado, agente o cualquier otro representante de éstos.

- 6) El término “identidad” significa el nombre completo, incluido el segundo nombre, fecha y lugar de nacimiento, número de seguridad social, todas las posiciones ocupadas durante el empleo con la Empresa, fechas de servicio, responsabilidades y deberes en cada posición, fecha de terminación, si la hay, y las razones de dicha terminación, dirección comercial y teléfono de cada posición ocupada, direcciones y teléfonos de residencia, si son distintos de los listados anteriormente.
- 7) El término “acuerdo” significa cualquier acuerdo presente, pasado o potencial.
- 9) El término “funcionario público” significa miembro de la legislatura antes o después de haber calificado dicho funcionario, o funcionario o empleado o persona que actúa para o a nombre del gobierno, o cualquier departamento, agencia o rama del gobierno, en cualquier función oficial bajo o por autoridad de cualquier dicho departamento, agencia o rama del gobierno.
- 10) El término “persona seleccionada para funcionario público” significa cualquier persona que haya sido nominada para funcionario público, o haya sido informada oficialmente que dicha persona será nominada o nombrada.

B. Período de cobertura.

A menos que se especifique de otra forma en un párrafo particular, esta Orden cubrirá el período de tiempo desde [fecha] hasta [fecha], empezando en la fecha en que la Empresa o usted personalmente reciba esta orden.

C. Reclamo de privilegio.

Si la Empresa o usted personalmente retienen cualquier documento, bajo reclamo de privilegio, incluyendo el privilegio de abogado-cliente, la empresa o usted presentarán un programa que muestre la fecha, nombre y título del autor, destinatario y receptor y el asunto de cada documento, la naturaleza del privilegio reclamado, la base sobre la cual se reclama y el párrafo de esta orden al cual cada documento es sensible.

D. Identificación de documentos.

Con el fin de facilitar el manejo de los documentos remitidos conforme a esta Orden, para preservar su identidad y asegurar su devolución precisa y expedita, se solicita que cada documento esté marcado con un número de identificación y que los documentos se numeren en forma consecutiva. Sólo debe numerarse la primera página de los documentos de varias páginas sujetas y debe anotarse el número de páginas de un documento. Los documentos deben permanecer dentro de las carpetas de archivo en las que estaban ubicados en el momento de servirse esta orden. Dichas carpetas deben numerarse también como si fuesen otro documento. Dentro de cada carpeta los documentos deben permanecer en el mismo orden en que estaban en el momento del servicio de esta orden y los documentos de varias páginas deben permanecer intactos.

E. Producción.

La persona que comparezca ante la corte o el fiscal como respuesta a esta orden tiene que ser una persona que sepa completamente buscar los documentos de la Empresa relativos

a esta orden y también que pueda autenticar los documentos como registros comerciales. De no ser competente la misma persona para cumplir ambos requisitos, la empresa debe designar el personal adicional necesario para comparecer a la misma hora y fecha.

F. Requerimiento de originales.

Esta orden requiere la producción de los originales de todos los documentos ordenados por ella, con excepción de los anotados particularmente más adelante. La remisión de fotocopias en lugar de los originales no se acepta como cumplimiento de esta orden.

II. Documentos que deben producirse.

A. Sin tener en cuenta la limitación de la sección I.B de arriba, todos los documentos, o, en su lugar, una declaración juramentada que muestre:

- 1) El nombre comercial completo de la empresa, la fecha y lugar de incorporación, las fechas y lugares de todos los registros de la Empresa y las identidades de todas las corporaciones matrices, subsidiarias y antecesoras y todas las entidades con las que la empresa se haya vinculado en negocios conjuntos en los últimos 8 años.
- 2) La identidad, dirección y número telefónico de cada director y director externo de la Empresa.
- 3) La identidad de cada funcionario, director, empleado, agente, consultor u otro representante de la empresa cuyos deberes hayan incluido tratos comerciales con [nombre de la agencia del gobierno].
- 4) La identidad de cada asistente administrativo, secretaria u otro asistente de oficina de cada una de las personas nombradas en respuesta a la sección II.A(3) de arriba, junto con el nombre de la persona para quien trabajó el individuo, las fechas de dicha asignación y las direcciones y números telefónicos comerciales y de residencia actuales de cada individuo.

B. Cualquiera y todos los originales de los siguientes documentos:

- 1) Documentos relativos directa o indirectamente a cualquier contacto entre la Empresa y cualquiera de las siguientes personas, incluyendo, pero no limitados a, correspondencia, resúmenes, agendas, notas o memorandos de reuniones o de contacto, notas en borrador, entradas de diario, informes preparados o recibidos por la Empresa antes, durante o después de dicho contacto, y documentos de propósito similar, relacionados o no con cualquier negocio de la empresa.
- 2) Todos los documentos relativos a cuentas bancarias, locales o extranjeras, a nombre o bajo el control o mantenidas para beneficio de la empresa.
- 3) Cualquiera y todos los documentos relativos a gastos incurridos y comprobantes de reembolso remitidos por, o a nombre de [nombre] y pagos efectuados por usted en respuesta a ellos y todos los documentos relativos al tratamiento de esas agencias en los libros y registros financieros de la empresa y las declaraciones de impuesto desde [fecha].
- 4) Cualquiera y todos los documentos relativos a viajes de [nombre] incluyendo, pero no limitados a, itinerarios, registros de gastos, recibos, registros de reembolso, correspondencia con agencias de viaje, facturas de tarjetas de crédito, recibos de éstas, desde [fecha].

- 5) Todos los documentos relacionados directa o indirectamente con la presentación de cualesquier honorarios, regalos, donaciones, tarifas, propinas, comisiones o cualquier pago o presentación de cualquier cosa de valor a cualquier funcionario público o persona seleccionada para funcionario público de [país] o cualquier gobierno extranjero, o a representante de cualquier partido político en [país] o en cualquier nación extranjera en conexión o no con la obtención o retención de cualquier negocio de la Empresa con [país] o cualquier gobierno extranjero, o a cualquier persona que actúe como agente o intermediario o cualquiera de los mencionados arriba.
- 6) Todos los calendarios, blocs de calendario, blocs de notas, cuadernos, diarios, libros de citas, recordatorios, libros de llamadas telefónicas, directorios, archivos giratorios u otros registros de direcciones, de visitantes y diarios, ubicados en cualquier parte, que se mantuvieron o utilizaron en conexión con el negocio de la Empresa, por o a nombre de [nombre].
- 7) Registros personales completos de [nombre] incluyendo información de pagos, beneficios y bonos.
- 8) Todos los registros bancarios de la corporación, incluyendo: a) extractos bancarios, cheques cancelados, chequeras, colillas o registros de cheques, comprobantes de cheques, volantes e ítems de depósitos; b) todos los registros de certificados de depósito y otros depósitos a término comprados o redimidos; c) registros de todas las cajas de depósitos de seguridad; d) registros de todas las transferencias cableadas de fondos; e) registros de todos los cheques bancarios, cheques oficiales, cheques de caja, cheques de tesorería, órdenes de dinero (money orders) y cheques de viajero comprados o negociados; y f) todos los informes monetarios del tesoro, solicitudes o peticiones de exención de transacciones monetarias e informes de transacciones en monedas extranjeras, que se relacionen directa o indirectamente con [nombre] o cualquiera de los individuos identificados en la sección II.B.(1) de arriba, o actividades de cabildeo de la empresa.
- 9) Copias de los estatutos y reglamentos corporativos de la empresa, con todas sus revisiones y enmiendas.
- 10) Cualquiera y todos los manuales de políticas internas, de control de auditoría interna o externa o procedimientos relativos a tratos con funcionarios públicos o persona seleccionada para funcionario público o funcionario de un gobierno extranjero.
- 11) Minutas de todas las reuniones de la junta directiva de la empresa, o de cualquier comité de dirección de ella, de cualquier fecha, relativa directa o indirectamente a:
 - a) viajes por cuenta de la empresa;
 - b) provisión de cosas de valor a funcionario público o persona seleccionada para serlo;
 - c) cualquiera de los individuos identificados en la sección II.A.(3), II.B.(1).
- 12) Con respecto a los procedimientos y controles escritos de auditoría interna de la empresa:
 - a) todo procedimiento y control de auditoría interna vigente en el período;
 - b) todos los comunicados del auditor a la administración informando sobre la auditoría de control interno de la Empresa y asuntos relacionados;
 - c) todos los informes de auditoría, blue black reports, informes y estudios especiales, memorandos informales, informes de servicios de asesoría a la administración,

- memorandos sobre desarrollos recientes y otra correspondencia concerniente a los procedimientos contables y controles internos de la Empresa;
- d) todos los programas de auditoría utilizados en estas auditorías, incluyendo sus adiciones, supresiones, sustituciones o enmiendas y cualquier documento que refleje la razón cualquiera de esos eventos;
 - e) todas las minutas del Comité Ejecutivo de Revisión, Comité Especial de Auditoría o comités de propósitos similares;
 - f) cualquiera y todos los registros relativos a auditorías del Servicio de Rentas Internas.
- 13) Todos los libros mayores y diarios de la Empresa, inclusive mayor general, diario de ingresos de caja, diario de ventas, diario de desembolsos de caja, registro de comprobantes y cualquier otro libro mayor y diario que lleve la Empresa relacionado directa o indirectamente con [nombre] o cualquiera de los individuos identificados en la sección B.II.(1) de arriba. Los registros deben reflejar todos los viajes, regalos, alojamientos, comidas, honorarios y/o estos libros y registros.
 - 14) Todos los documentos, incluso registros de tarjetas de crédito de la Empresa y personales, recibos de caja menor, comprobantes de gastos y cualquier otro registro que contenga detalle por renglones de gastos reclamados o reembolsados que evidencien los gastos de viaje de transporte, alojamiento, teléfono, entretenimiento, alimentación, bebidas u otros gastos efectuados a nombre de la Empresa por [nombre] o cada una de las personas identificadas en la sección II.B.(1).
 - 15) Todos los estados financieros e informes anuales del período [fechas]; los registros deben incluir declaraciones, adjuntos y corresponsales.
 - 16) Todos los registros de cargos telefónicos locales y de larga distancia, incluso cuentas telefónicas y todos los demás cargos por telecomunicaciones, télex, servicios de mensajería y correo, efectuados por o a nombre de [nombre] o cualquier empleado de la empresa que trabaje con o para él.
 - 17) Originales de todos los pasaportes que usted poseía o utilizó durante el período de [fecha] hasta la fecha.

Apéndice VI: guía de planeación previa a la incautación

La Guía de Planeación Previa a la Incautación del Servicio de Jefes de Policía de los Estados Unidos adjunta tiene el propósito de ofrecer orientación y listas de comprobación para utilizarse por quienes participan en un programa de decomiso de activos. El objetivo de estas listas es ayudar a anticipar y tomar decisiones informadas sobre qué propiedad debe ser incautada, cómo y cuándo y, lo más importante, si debería ser incautada.

Las listas de comprobación incluyen lo siguiente:

- *Hoja resumen de planeación previa a la incautación:* esta es un resumen de todos los activos implicados en un caso dado. Debe llenarse una hoja de resumen para cada caso.
- *Propiedad real:* debe llenarse una lista de comprobación separada de propiedad real para cada parte de la propiedad real. Una hoja de trabajo de capital neto acompaña la lista de comprobación de la propiedad real.
- *Negocio:* debe llenarse una lista de comprobación de negocio para cada negocio considerado para el decomiso. La naturaleza compleja de los decomisos de negocios puede hacer que sea necesario incluir información que no se mencione explícitamente en la lista de comprobación.
- *Medios de transporte:* debe llenarse una lista de comprobación para el decomiso de medios de transporte múltiples y/o únicos. Se incluye también una hoja de trabajo de capital neto para medios de transporte.
- *Propiedad personal:* debe llenarse una lista de comprobación de propiedad personal para activos únicos o complejos, como ganado, artículos muebles/viviendas, piedras preciosas, objetos de colección y bellas artes.

Cada caso es único y los usuarios pueden encontrar que la información incluida en estas listas de comprobación no se aplica a todos los activos en todos los casos; puede ser necesaria mayor o menor información. Por tanto, estas listas deben utilizarse como punto de partida, agregando cualquier información adicional que pueda ser útil en el proceso de decomiso.

HOJA RESUMEN DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN

Fecha _____

PUNTOS DE CONTACTO

AUSA _____ Tel. # _____
 Decomiso de activo AUSA _____ Tel. # _____
 Agencia _____ Agente _____ Tel. # _____
 DUSM _____ Tel. # _____

INFORMACIÓN DEL CASO

Identificador del caso: _____
 Distrito de origen: _____
 Otros distritos incluidos: _____
 Caso de GAFI: SÍ NO Si sí, agencias participantes _____
 Caso adoptivo: SÍ NO
 Si sí, nombre del contacto _____ Tel. # _____
 Tipo de caso: Civil Penal
 Fecha propuesta para decomiso / Post & Walk
 Se expedirá orden TRO o protectiva: SÍ NO
 Fecha propuesta de acusación/reclamo/orden de arresto *in rem*: _____
 ¿Copia de propuesta disponible? SÍ NO Si sí, obtener copia
 Nombre del acusado: _____
 Condición del acusado: Fugitivo SÍ NO
 Tipo de caso: Drogas Lavado de dinero RICO
 Otro (*describir*) _____

INFORMACIÓN DE ACTIVOS

Número de activos, por categorías, focalizados para decomiso. *Llene la forma correspondiente una vez identificados.*
 _____ Bien(es) raíz(ces) _____ Negocio(s) _____ Propiedad personal _____ Otro

Número de propiedades personales, por categorías, focalizadas para decomiso:
 _____ Vehículos _____ Avionetas _____ Dinero (aprox) US\$ _____
 _____ Arte _____ Joyería _____ Instrumento financiero
 _____ Embarcaciones _____ Artículos de colección _____ Otros (*describir*)

Describir: _____

Identificador del caso: _____

**CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN
PROPIEDAD RAÍZ**

Llenar un formulario por cada propiedad

TIPO DE PROPIEDAD RAÍZ

- | | |
|---|-------------------------------|
| _____ Residencia separada de familia individual | _____ Apartamento/condominio |
| _____ Apartamento/edificio de condominio | _____ Comercial (tipo de uso) |
| _____ Vacante/lote no desarrollado | _____ Otro (describir) |

Ubicación/dirección: _____

Descripción legal: *(adjuntar copia si está disponible)* _____

Dueño del título: Nombre: _____ Tel. # _____

Dirección: _____

O & E/Informe del Título/Avalúo disponible? Sí No *Si sí, obtener copia*

¿Se presentó un Lis Pendes? Sí No

Artículos que debe procurar USMS: _____ Avalúo *drive-by* _____ Informe de Título/Resumen
 _____ Avalúo completo *(Sólo si es posible acceso completo e irrestricto a la propiedad y la acción de los evaluadores o el personal de USMS no inhibe o revela la investigación)*

CONSIDERACIONES DE SEGURIDAD

¿Existe información disponible que ayude a USMS sobre asuntos de seguridad personal durante las operaciones de decomiso (mascotas, vallas, alarmas, riesgo acuático, trampas, niños, etc.)?

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN PROPIEDAD RAÍZ (Cont.)

FACTORES AMBIENTALES

Condición de la propiedad: Excelente Buena Regular Mala
 Fotos disponibles: Sí No
 Contaminación potencial: Sí No
 Si sí, ¿qué contaminantes? _____
 Si sí, ¿se ha contactado a alguien que provea un avalúo de la propiedad? Sí No
 Nombre de la empresa: _____ Tel. # _____

Año de construcción:
 Si antes de 1960 y es residencial, ¿se realizó evaluación de pintura a base de plomo? Sí No
 Si sí, nombre de la empresa: _____ Tel. # _____
 Fecha: _____

ASUNTOS ESPECÍFICOS (describir brevemente si se aplica)

- _____ Piscina _____ Seguro de predio _____ Defectos estructurales
- _____ Laboratorios _____ Sitio histórico _____ Construcción incompleta
- _____ Ganado _____ Protegido ambientalmente _____ Químicos peligrosos
- _____ Otras estructuras _____ Tarifas de asociación _____ Violaciones al código conocidas
- _____ Tanques subterráneos _____ Otra propiedad personal _____ Otras obligaciones potenciales

Describir: _____

CONTENIDO DE LA PROPIEDAD

¿Se incauta algún contenido? Sí No
 Si no, ¿se han hecho arreglos para remover o destruir? Sí No
 ¿Se requiere inventario? Sí No
 Comentarios adicionales sobre el contenido: _____

Identificador del caso: _____

**CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN
PROPIEDAD RAÍZ (Cont.)**

OCUPACIÓN

¿Está ocupada la propiedad? Sí No Si sí, Propietarios Inquilinos

Ocupantes, si se les permite permanecer ocupado, suministrar nombre, teléfono e identificador (DOB, SSN)

Nombre: _____ Tel. #: _____ Identificador: _____

¿Se arrestará al (a los) acusado(s) al momento de la incautación? Sí No

Tras el arresto del (los) acusado(s), ¿quedará vacante la propiedad? Sí No

Anotaciones generales: _____

CAPITAL NETO (si se tiene información disponible, llenar la Hoja de capital neto)

¿Cumple el activo con el valor límite mínimo de capital neto? Sí NO No se sabe

Si no, ¿qué beneficios de ejecución de la ley se derivarán de la incautación? _____

INFORMACIÓN DE SEGUIMIENTO

¿Preveerá o dará AUSA un comunicado de prensa? Sí No

¿Próxima reunión programada? Sí No Si sí, Fecha: _____ Hora: _____

Lugar de la próxima reunión: _____

Preparado por (letra de imprenta): Nombre: _____ Cargo: _____

Firma: _____ Fecha: _____

Asistencia, revisión y aprobación de AUSA en el caso:

Nombre (letra de imprenta): _____ Firma: _____ Fecha: _____

Identificador del caso: _____

**PROPIEDAD RAÍZ
HOJA DE TRABAJO DE CAPITAL NETO**

Nombre del caso: EUA v. _____

Distrito: _____ Caso de la corte (No. del expediente): _____

1. a. Avalúo (fecha del avalúo _____)..... US\$ _____
 menos
 b. Gastos¹..... (_____)
 igual..... US\$ _____
 más
 c. Ingresos US\$ _____
 igual
 d. Valor neto US\$ _____

2. a. Valor neto..... US\$ _____
 menos
 b. obligaciones²..... (_____)
 igual
 c. Capital EUA US\$ _____

3. a. Capital EUA US\$ _____
 dividido entre
 b. Valor del avalúo..... US\$ _____
 igual
 c. Porcentaje de capital EUA..... US\$ _____

1. Incluye anuncios, mantenimiento (incluye tarifas de administración de US\$___/mes x 12 meses), comisión de venta, gastos del vendedor para cerrar, etc.
2. Incluye el total de todos los ítems, capital e intereses desde la fecha de incautación hasta la fecha de elaboración de esta hoja.

Preparado por: _____

Nombre (letra de imprenta): _____ Cargo: _____ Fecha: _____

Firma de AUSA. _____ Fecha: _____

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN NEGOCIO

Llenar un formulario para cada negocio

IDENTIFICADORES DEL NEGOCIO

Tipo de negocio (restaurante, bodega, distribución de automóviles, etc.) _____

Nombre legal o comercial: _____

Dirección: _____ Tel. #: _____

Nombre del negocio (hace negocio como): _____

Dirección: _____ Tel. #: _____

El negocio es: Corporación Asociación Propiedad individual
 Empresa conjunta Cía. de responsabilidad limitada (CRL)

Describir: _____

Si se aplica, relacionar los accionistas, funcionarios y directores:

Nombre: _____ Tel. #: _____ Posición: _____

Nombre: _____ Tel. #: _____ Posición: _____

Nombre: _____ Tel. #: _____ Posición: _____

¿El negocio es de propiedad privada o pública? Privada Pública

¿Está en operación o inactivo? Operando Inactivo

Si está en operación, ¿continuará operando tras el arresto del (los) acusado(s)?

Sí No

Condición de registro con el Estado: Activo Inactivo Fenecido Otro

CONSIDERACIONES DE SEGURIDAD

¿Existe información disponible que ayude al USMS en cuanto a asuntos de seguridad personal durante las operaciones de incautación (perros guardianes, vallas, pisos falsos, riesgos acuáticos, trampas, personal de seguridad, fosos, maquinaria pesada, etc.)? Relacionar o describir:

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN NEGOCIO (Cont.)

INFORMACIÓN DE ACTIVOS

¿Incautamos una entidad legal (la corporación completa con activos y pasivos)? Sí No

Si no, ¿a qué activos se dirige la incautación? _____

Tras la incautación, ¿tendrá el gobierno participación mayoritaria? Sí No

Si no, ¿cuánto? _____ %

¿Requiere el negocio un monitor o el nombramiento de un consignatario? Sí No Sin inf.

¿La ubicación el negocio es propiedad alquilada o propia? Alquilada Propia Sin inf.

Arrendador(es) o propietario(s) de la propiedad raíz:

Nombre(s): _____ Tel. #: _____

Dirección: _____

Condición actual de arriendo/hipoteca al día retrasada

Si retrasada, ¿cuántos meses? _____

¿Será el bien raíz incautado como parte del negocio? Sí No

Tipo de la estructura:

Edificio independiente de construcción de acero y bloques

Estructura adjunta a residencia

Almacén en centro comercial

Bodega

Otro (*describir*) _____

Condición de la estructura:

Excelente Buena Regular Mala

Tamaño aproximado de la estructura: _____ m².

Defectos estructurales conocidos o reparaciones inmediatas requeridas identificadas: lista y descripción. _____

Identificador del caso: _____

**CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN
NEGOCIO (Cont.)**

INFORMACIÓN DE ACTIVOS (Cont.)

Asuntos específicos:

- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> Materiales peligrosos en el sitio | <input type="checkbox"/> Construcción incompleta |
| <input type="checkbox"/> Contaminantes potenciales | <input type="checkbox"/> Violaciones al código conocidas |
| <input type="checkbox"/> Tanques subterráneos | <input type="checkbox"/> Tipo de sistemas de seguridad |
| <input type="checkbox"/> Sistema de extinción de incendios operable | <input type="checkbox"/> Otras obligaciones potenciales (describir) |

Describir asuntos específicos: _____

¿Requieren reemplazo las cerraduras? Sí No

¿El contenido el negocio es arrendado o propio? Arrendado Propio Sin inf.

Arrendador(es) o propietario(s)

Nombre(s): _____ Tel. #: _____

Dirección: _____

REGISTROS DEL NEGOCIO

Relacionar todas las licencias el negocio e indicar si están vigentes:

Licencia tributaria _____ Vigente Expirada

Licencia _____ Vigente Expirada

Licencia _____ Vigente Expirada

Custodio de los registros: _____ Teléfono #: _____

Dirección: _____

Abogado corporativo: _____ Teléfono #: _____

Dirección: _____

Contador corporativo: _____ Teléfono #: _____

Dirección: _____

¿Existen registros que hayan sido emplazados que ayuden a determinar la condición financiera del negocio (declaraciones de impuestos, informes financieros, etc.)? Sí No

Si sí, ¿están disponibles para revisión del USMS? Sí No

Obtener fecha de disponibilidad para revisión del USMS:

¿Se inició pesquisa de embargo/juicio? Sí No *Si sí, obtener copia.*

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN NEGOCIO (Cont.)

INFORMACIÓN DEL ACUSADO Y/O EMPLEADO

¿Se arrestará al (los) acusado(s) en el momento de incautación? Sí No
 Tras el arresto, quedará vacante la propiedad? Sí No

INFORMACIÓN DE SEGUIMIENTO

¿Próxima reunión programada? Sí No

Si sí, obtener Fecha: _____ Hora: _____

¿Tendrá la cobertura de los medios o el conocimiento público de la incautación efectos negativos en la operación del negocio? Sí No

¿Causará impacto en la economía local o en la población la incautación (p. ej., empleador importante de la comunidad)? Sí No Si sí (*indicar qué*) esfuerzos pueden realizarse para minimizar este efecto.

¿Suministrará o dará AUSA un comunicado de prensa? Sí No

Si sí, obtener nombre y No. de teléfono del funcionario de información de prensa:

Nombre: _____ Teléfono #: _____

Lugar de la próxima reunión: _____

**RECUERDE QUE ESTE CUESTIONARIO, UNA VEZ LLENO, DEBE ENVIARSE POR FAX
AL REPRESENTANTE DE SU OFICINA DE DECOMISO DE ACTIVOS**

Preparado por:

Nombre (letra de imprenta): _____ Cargo: _____

Firma: _____ Fecha: _____

Asistencia, revisión y aprobación de AUSA en el caso:

Nombre (letra de imprenta): _____

Firma: _____ Fecha: _____

Identificador del caso: _____

**PROPIEDAD PERSONAL
HOJA DE TRABAJO DE CAPITAL NETO**

Nombre del caso: EUA v. _____

Distrito: _____

Caso de la corte (No. del expediente): _____

No. CATS: _____

Identificación de la propiedad personal: _____

- | | | |
|----|--|---|
| 1. | a. Avalúo (fecha del avalúo _____) | US\$ _____ |
| | menos | |
| | b. Gastos ¹ | (_____) |
| | igual | |
| | c. Valor neto..... | <input type="text" value="US\$ _____"/> |
| 2. | a. Valor neto..... | US\$ _____ |
| | menos | |
| | b. Obligaciones ² | (_____) |
| | igual | |
| | c. Capital EUA | <input type="text" value="US\$ _____"/> |
| 3. | a. Capital EUA..... | US\$ _____ |
| | dividido entre | |
| | b. Valor del avalúo..... | US\$ _____ |
| | igual | |
| | c. Porcentaje de capital EUA..... | <input type="text" value="US\$ _____"/> |

1. Incluye mantenimiento y gastos de disposición (p. ej. anuncios, comisión de venta, salario del administrador de la propiedad, etc.
2. Incluye el total de todos los ítems, capital e intereses desde la fecha de incautación hasta la fecha de elaboración de esta hoja.

Preparado por:

Nombre (letra de imprenta): _____ Cargo: _____ Fecha: _____

Revisión de supervisión: _____

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN MEDIOS DE TRANSPORTE

Distrito USMA: _____ Número CATS: _____

Agencia de incautación: _____ Fecha de incautación: _____

Fecha de custodia de USMS: _____ Ubicación de la incautación: _____

Tipo de decomiso: Administrativo Civil Penal

DESCRIPCIÓN DEL MEDIO DE TRANSPORTE

Tipo: Vehículo Embarcación Avioneta Otro

Marca: _____ VIN/Serial/RÓTULO: _____

Modelo: _____ Estado de registro: _____

No. de placa/rótulo No. posterior: _____

Condición del medio: Buena Regular Mala Chatarra¿Está en operación? Sí NoPara avioneta: ¿Existe bitácora? Sí No

INFORMACIÓN SOBRE EL VALOR

Avalúo de la agencia de incautación: US\$ _____ USMS (Préstamo NADA): US\$ _____

Primer tenedor de derecho _____ Segundo tenedor de derecho _____

Dirección: _____ Dirección: _____

Cantidad: US\$ _____ Cantidad: US\$ _____

PUNTOS DE CONTACTO

Agente de incautación: _____ Tel. #: _____

AUSA: _____ Tel. #: _____

Otro: _____ Tel. #: _____

CUSTODIA

Contratista USMS: _____ Tel. #: _____

Agencia estatal/local: _____ Tel. #: _____

Agencia de incautación: _____ Tel. #: _____

Otro: _____ Tel. #: _____

¿Se anticipó compartimiento equitativo? Sí No¿Colocación en uso oficial? Sí No

Identificador del caso: _____

**MEDIOS DE TRANSPORTE
HOJA DE TRABAJO DE CAPITAL NETO**

Id. CATS #: _____

Legajo #: _____

Vehículo Embarcación Avioneta Otro

Año: _____ Marca: _____

Modelo: _____ Color: _____

VIN #: _____

Serial: _____

Posterior: _____

Ubicación de trampas ocultas, si hay: _____

Avalúo (fecha del avalúo _____):..... US\$ _____

menos

Costo de almacenaje por mes: US\$ _____ x 9 -US\$ (_____)

Derechos¹ -US\$ (_____)

Costos varios (prep.. venta/reparaciones)² -US\$ (_____)

Costos de inhabilitar/sellar trampas ocultas -US\$ (_____)

igual

Total capital neto..... = US\$ _____

\$ _____	/	\$ _____	=	_____ %
Total capital neto	Divido entre	Valor avalúo	igual	% de capital EUA

1. Incluye total de los derechos, capital e intereses desde las fechas de incautación hasta la fecha de elaboración de esta hoja.
2. Incluye mantenimiento y gastos de disposición (p. ej. anuncios, comisión de venta, salario del administrador de la propiedad, etc.

Preparado por: _____ Cargo: _____

Firma: _____ Fecha: _____

Identificador del caso: _____

CUESTIONARIO DE PLANEACIÓN PREVIA A LA INCAUTACIÓN PROPIEDAD PERSONAL

Distrito USMS: _____ Número CATS: _____

Agencia de incautación: _____ Fecha de incautación: _____

Fecha de custodia de USMS: _____ Ubicación de la incautación: _____

Tipo de decomiso: Administrativo Civil Penal

TIPO DE PROPIEDAD

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Animal | <input type="checkbox"/> Químicos/materiales peligrosos |
| <input type="checkbox"/> Equipo electrónico | <input type="checkbox"/> Explosivos/armas de fuego |
| <input type="checkbox"/> Muebles/artículos del hogar | <input type="checkbox"/> Mecanismos de juego |
| <input type="checkbox"/> Equipo de cultivo | <input type="checkbox"/> Maquinaria pesada |
| <input type="checkbox"/> Artículos preciados | <input type="checkbox"/> Otros (<i>describir</i>) |

Condición: Excelente Buena Regular Mala

INFORMACIÓN SOBRE EL VALOR

Avalúo: US\$ _____

Costo mensual (almacenaje): US\$ _____

Primer poseedor del derecho: _____ Segundo poseedor del derecho: _____

Dirección: _____ Dirección: _____

Cantidad: US\$ _____ Cantidad: US\$ _____

PUNTOS DE CONTACTO

Agente de incautación: _____ Tel. #: _____

AUSA: _____ Tel. #: _____

Otro: _____ Tel. #: _____

Custodio: _____ Tel. #: _____

¿Se anticipó compartimiento equitativo? Sí No¿Colocación en uso oficial? Sí No

Identificador del caso: _____

**PROPIEDAD PERSONAL
HOJA DE TRABAJO DE CAPITAL NETO**

Nombre del caso: EUA v. _____

Distrito: _____

Caso de la corte (No. del expediente): _____

CATS #: _____

Identificación de la propiedad personal: _____

- | | | |
|----|--|------------|
| 1. | a. Avalúo (fecha del avalúo _____) | US\$ _____ |
| | menos | |
| | b. Gastos ¹ | (_____) |
| | igual | |
| | c. Valor neto..... | US\$ _____ |
| 2. | a. Valor neto..... | US\$ _____ |
| | menos | |
| | b. Obligaciones ² | (_____) |
| | igual | |
| | c. Capital EUA..... | US\$ _____ |
| 3. | a. Capital EUA..... | US\$ _____ |
| | dividido entre | |
| | b. Valor del avalúo..... | US\$ _____ |
| | igual | |
| | c. Porcentaje de capital EUA..... | US\$ _____ |

1. Incluye gastos de mantenimiento y disposición, p.ej., anuncios, comisiones de venta, salario del administrador de la propiedad, etc.
2. Incluye el total de todos los ítems, capital e intereses desde la fecha de incautación hasta la fecha de elaboración de esta hoja.

Preparado por:

Nombre (letra de imprenta): _____ Cargo: _____ Fecha: _____

Revisión de supervisión: _____ Fecha: _____

Apéndice VII: sitios *web* de organizaciones clave, instrumentos legales e iniciativas

Legislación del Modelo de la Mancomunidad

- <http://www.thecommonwealth.org/> (página principal de la Secretaría de la Mancomunidad)
- http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/21B7788DF604-4FB6-85A1-AB8370566AFC_commonwealthmodellegislativeprovisionsonthecivilrec.pdf (Provisiones Legislativas Modelo sobre Recuperación Civil de Activos Criminales Incluso Propiedad Terrorista)

Unión Europea

- <http://europa.eu.int> (Página principal de la Unión Europea).
- <http://eur-lex.europa.eu> (Revista oficial de la Unión Europea, página principal)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:332:0103:0105:EN:PDF> (Decisión del Consejo 2007/845/JHA de 6 de diciembre de 2007 sobre la cooperación entre la oficinas de recuperación de activos de los estados integrantes en el campo de rastreo e identificación de productos del crimen u otra propiedad relacionada con éste).
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005F0212:EN:NOT> (Decisión marco del Consejo 2005/212/JHA de 24 de febrero de 2005 sobre confiscación de productos, instrumentos y propiedad relacionados con el crimen).

GAFI sobre el lavado de activos

- <http://www.fatf-gafi.org> (Página principal de la GAFI)
- <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/7/40/34849567.pdf> (Las Cuarenta Recomendaciones)
- <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/8/17/34849466.pdf> (Recomendaciones especiales sobre financiación del terrorismo)

Buenas prácticas del G-8

- http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/g82004/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf (Principios de buenas prácticas del G-8 sobre rastreo, congelación y decomiso de activos)

- <http://www.apgml.org/issues/docs/15/G8%20Asset%20Management%20Best%20practices%20042705%20FINAL.doc> (Buenas prácticas el G-8 para la administración de activos incautados)

Organización de los Estados Americanos

- <http://www.oas.org/> (Página principal)
- http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ENG/ModelRegulations.asp (Regulaciones modelo sobre delitos de lavado de dinero en conexión con el tráfico de drogas ilícitas y otros delitos graves)

Iniciativa StAR

- www.worldbank.org/star (Sitio *web* de StAR)
- <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf> (Iniciativa de Recuperación de Activos Robados (StAR: retos, oportunidades y plan de acción)

Naciones Unidas

- <http://www.un.org> (Página principal de las Naciones Unidas)
- <http://www.unodc.org> (Oficina de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Drogas y el Crimen)
- <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html> (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción).
- <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html> (Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y sus Protocolos - *Convención de Palermo*)
- <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-traffic.html> (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 - *Convención de Viena*)

Grupo del Banco Mundial

- <http://www.worldbank.org> (Página principal del Banco Mundial)
- <http://www.amlcft.org> (Sitio *web* del Grupo de Integridad de los Mercados Financieros, *Promoting the Integrity of the Financial Model*)

El decomiso de activos sin el requisito de condena del acusado constituye una herramienta poderosa para recuperar los productos de la corrupción cuando se han transferido al exterior. Prever la restricción, incautación y el decomiso de los activos mal habidos sin necesidad de una condena penal, puede constituir la mejor opción cuando el delincuente ha muerto, ha huido de la jurisdicción, es inmune al enjuiciamiento o es demasiado poderoso para ser procesado, circunstancias que son comunes en los casos de gran corrupción. Cada vez más jurisdicciones crean sistemas para permitir el decomiso sin condena, que se ha recomendado para la recuperación de activos a niveles regional y multilateral. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Cnuc) urge a los países a considerar la adopción de todas las medidas necesarias para permitir el decomiso de activos aun en los casos en que “no pueda procesarse al delincuente por razones como la muerte, huida o ausencia, o en otros casos apropiados”.

Con este enfoque más amplio sobre el tema, existe la necesidad correspondiente de una herramienta práctica que puedan utilizar las jurisdicciones que contemplan la legislación del decomiso sin condena. *Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* constituye dicha herramienta. Es el primer libro de su clase sobre el tema y la primera publicación de la Iniciativa para la *Recuperación de Activos Robados (STAR)*. Como un esfuerzo de colaboración de profesionales del decomiso sin condena, en *Recuperación de activos robados* se identifican los conceptos clave –jurídicos, operativos y prácticos– que debe abarcar un sistema de decomiso de activos para que sea efectivo en la recuperación de los activos robados. Se exploran 36 conceptos básicos mediante experiencias prácticas, ejemplos de casos y resúmenes de legislación sobre decomiso de activos.



BANCO MUNDIAL

STAR

