



Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Distr. general
19 de junio de 2014
Español
Original: inglés

Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos

Viena, 11 y 12 de septiembre de 2014

Guía para el debate temático sobre el artículo 52 (Prevención y detección de transferencias del producto del delito), el artículo 53 (Medidas para la recuperación directa de bienes) y otros artículos pertinentes

Nota de la Secretaría

Resumen

La presente nota ha sido preparada por la Secretaría para orientar el debate temático del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos. En su octava reunión, el Grupo de Trabajo centrará su atención en el artículo 52 (Prevención y detección de transferencias del producto del delito) y el artículo 53 (Medidas para la recuperación directa de bienes) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En esta nota se proporcionan los antecedentes pertinentes sobre esas esferas temáticas, con el fin de enriquecer las deliberaciones del Grupo de Trabajo.



I. Introducción

1. En su resolución 1/4, la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estableció el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos y decidió encomendar a este Grupo la tarea de prestarle asesoramiento y asistencia en el cumplimiento de su mandato relativo a la restitución del producto de la corrupción.
2. En la misma resolución, la Conferencia definió las funciones del Grupo de Trabajo, que serían, entre otras, las de prestarle asistencia en la acumulación de conocimientos relacionados con la recuperación de activos, especialmente sobre la aplicación de los artículos 52 a 58 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante mecanismos para localizar, embargar preventivamente, incautar, decomisar y restituir los instrumentos y el producto de la corrupción; determinar las necesidades de creación de capacidad y alentar la cooperación entre las actuales iniciativas bilaterales y multilaterales pertinentes; facilitar el intercambio de información, buenas prácticas e ideas entre los Estados; y fomentar la confianza y alentar la cooperación entre los Estados requirentes y los Estados requeridos.
3. El Grupo de Trabajo celebró sus reuniones anuales primera a séptima en Viena, entre agosto de 2007 y agosto de 2013.
4. De conformidad con el plan de trabajo aprobado en su séptima reunión, el Grupo celebrará en su octava reunión un debate temático sobre el artículo 52 (Prevención y detección de transferencias del producto del delito), el artículo 53 (Medidas para la recuperación directa de bienes) y otros artículos pertinentes de la Convención.
5. La presente nota tiene por finalidad prestar asistencia al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones y ayudarlo a determinar sus actividades futuras. En ella se señalan los retos que plantea la aplicación de ciertos artículos conexos y las medidas que podrían adoptarse para hacerles frente de manera eficaz.

II. Debate temático sobre el artículo 52 (Prevención y detección de transferencias del producto del delito)

A. Antecedentes

6. En el artículo 52 de la Convención se pide a los Estados partes que adopten medidas para prevenir y detectar la transferencia del producto del delito. Esas medidas pueden dividirse en dos categorías: las medidas para prevenir el blanqueo de dinero (párrs. 1 a 4) y las medidas relativas a la divulgación de información financiera (párrs. 5 y 6).

Medidas para prevenir el blanqueo de dinero (párrs. 1 a 4)

7. El artículo 52 se basa en las medidas de prevención previstas en el capítulo II de la Convención, especialmente las del artículo 14, párrafo 1 a), en que se exige a los Estados partes que establezcan un amplio régimen interno de reglamentación y

supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, con requisitos de identificación del cliente y de los beneficiarios finales, establecimiento de registros y denuncia de las transacciones sospechosas, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero. Con miras a hacer un uso óptimo del régimen de lucha contra el blanqueo de dinero existente en las instituciones financieras en apoyo de los esfuerzos de recuperación de activos, el artículo 52 complementa las disposiciones pertinentes del artículo 14 poniendo el acento en un enfoque basado en el riesgo y centrando la atención en las personas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas prominentes (las denominadas “personas políticamente expuestas”) y sus familiares y estrechos colaboradores.

8. En virtud del artículo 52, párrafo 1, los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que:

- a) Verifiquen la identidad de los clientes;
- b) Adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado; y
- c) Intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas políticamente expuestas y sus familiares y estrechos colaboradores.

9. Ese escrutinio intensificado debe estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir las transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes, y no debe concebirse de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela. A tenor del artículo 14, párrafo 1 b), y del artículo 58, las autoridades competentes para recibir los informes sobre las transacciones sospechosas son las dependencias de inteligencia financiera.

10. Con arreglo al artículo 52, párrafo 2, para facilitar la aplicación de esas medidas, cada Estado parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:

- a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas;
- b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.

11. En una nota interpretativa se indica que los párrafos 1 y 2 del artículo 52 se deben leer conjuntamente y que las obligaciones impuestas a las instituciones financieras podrán aplicarse y ponerse en práctica teniendo debidamente en cuenta los riesgos especiales del blanqueo de dinero¹.

12. En efecto, no todos los aspectos de las operaciones de las instituciones financieras tienen el mismo grado de riesgo. Algunos plantean un riesgo mayor de blanqueo de dinero que otros y exigirán controles adicionales y un escrutinio más intenso para mitigar esos riesgos, mientras que otros supondrán un riesgo mínimo y no requerirán el mismo nivel de atención. El enfoque basado en el riesgo exige que las instituciones financieras tengan sistemas y controles que se correspondan con los riesgos específicos de blanqueo de dinero asociados con esos aspectos. En comparación con un criterio más prescriptivo, este enfoque permite a la institución financiera asignar mejor sus recursos para centrarse en los asuntos en que el riesgo de blanqueo de dinero es máximo, lo que a su vez aumenta las probabilidades de detectar y notificar las transacciones sospechosas.

13. Un enfoque basado en el riesgo es un proceso que comprende, en primer lugar, una evaluación del riesgo de las actividades empresariales; para ello, las instituciones financieras utilizan una matriz de riesgos, que es un diagrama en que figuran diferentes parámetros, como los factores de riesgo del cliente, los factores de riesgo geográficos o del país² y los factores de riesgo del producto, el servicio o la transacción, lo que les permite evaluar si un posible cliente presenta un riesgo bajo, medio o elevado de blanqueo de dinero. La evaluación del riesgo se complementa luego con la aplicación de medidas de mitigación para hacer frente a los riesgos identificados; estas pueden ser medidas de escrutinio simplificadas, estándar o intensificadas³.

14. En el artículo 52, párrafo 2 a), se exige a los Estados partes que impartan directrices sobre la forma en que las instituciones financieras deben aplicar los enfoques basados en el riesgo, mientras que en el párrafo 1 del mismo artículo se indica que las relaciones de negocio con personas políticamente expuestas y sus familiares y estrechos colaboradores tienen un alto riesgo intrínseco. Por lo tanto, toda cuenta controlada por esas personas o de la que esas personas sean los beneficiarios finales deberá ser objeto de escrutinio intensificado, independientemente de los otros factores de riesgo.

15. Evidentemente, el hecho de ser una persona políticamente expuesta no significa de por sí que la persona sea corrupta. Sin embargo, las relaciones de negocio con personas políticamente expuestas plantean un mayor riesgo debido a la posibilidad de que esas personas abusen de su cargo oficial, su poder o su influencia

¹ *Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.10.V.13 y corrección), pág. 490.

² La aplicación de las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es uno de los factores que las instituciones financieras pueden tomar en consideración al diseñar su matriz de riesgos. Los resúmenes, así como los informes sobre el país que facilitan los respectivos Estados partes, preparados en el marco del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención, pueden consultarse en el sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (www.unodc.org).

³ Un recurso relativo a los enfoques basados en el riesgo es la serie de documentos de orientación del Grupo de Acción Financiera (disponible en www.fatf-gafi.org/documents/riskbasedapproach).

para obtener ganancias personales. Estas personas pueden también utilizar a sus familias o a estrechos colaboradores para ocultar fondos o activos obtenidos por medios deshonestos. Por este motivo, las instituciones financieras deben determinar, por ejemplo, el propósito para el que la persona políticamente expuesta está abriendo una cuenta, o el motivo por el que un alto funcionario necesita tener una cuenta fuera del Estado en que reside. Naturalmente, hay varias razones legítimas por las que un funcionario puede tener que hacerlo. Pero la legitimidad del propósito de la cuenta y su corrección económica deben evaluarse con cuidado.

16. La Convención contra la Corrupción no proporciona ejemplos de personas políticamente expuestas, ni diferencia entre las personas de ese tipo que son nacionales y las que son extranjeras. Sin embargo, en el artículo 52, párrafo 2 b), se exige a los Estados partes que notifiquen a las instituciones financieras la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, lo que incluye a las personas políticamente expuestas.

17. El concepto de persona políticamente expuesta no abarca a los funcionarios de rango medio o inferior, y normalmente comprende a los jefes de Estado o de gobierno, los políticos de alto nivel, los funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de categoría superior, los altos ejecutivos de empresas de propiedad estatal y los funcionarios importantes de partidos políticos. Al igual que en el caso del artículo 16, sobre el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, el concepto de persona políticamente expuesta puede abarcar también a las personas que desempeñan o han desempeñado una función prominente en una organización internacional pública, por ejemplo los miembros de la administración superior, como los directores, los directores adjuntos y los miembros de los consejos, o los que ejercen funciones equivalentes.

18. En el artículo 52, párrafo 1, se exige a los Estados partes que obliguen a las instituciones financieras a adoptar medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado. Esto tiene por objeto identificar las cuentas abiertas con una identidad falsa y los fondos cuyo verdadero origen se ha ocultado, con el fin de introducir dinero corrupto en el sistema financiero sin despertar sospechas utilizando mecanismos corporativos, medios de vigilancia sofisticados u “hombres de paja”, incluidos familiares o estrechos colaboradores. Aunque la Convención no define el concepto de “beneficiario final”, se entiende en general que se refiere a la persona natural que en último término posee o controla al cliente y/o a la persona natural por cuenta de la cual se lleva a cabo una transacción. También comprende a las personas que ejercen en último término el control efectivo sobre una persona jurídica o un acuerdo legal⁴. En otras palabras, las instituciones financieras no deben solo identificar al cliente que es el titular de la cuenta; también deben adoptar medidas razonables para identificar al verdadero propietario de los fondos depositados en la cuenta, que puede o no ser el propio cliente. Si la cuenta está a nombre de una empresa, por ejemplo, la institución financiera debe adoptar medidas razonables

⁴ Véanse las Recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera de 2012 y la directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

para identificar y verificar a la persona o las personas naturales que constituyen esa entidad.

19. De conformidad con el artículo 52, párrafo 3, de la Convención, los Estados partes deben aplicar medidas para velar por que sus instituciones financieras mantengan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 de ese artículo. Como mínimo, esos registros deben contener información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.

20. La definición del plazo durante el cual deben mantenerse los registros se deja al arbitrio de los Estados partes. En la práctica, el período de retención de los registros de las transacciones (por ejemplo, de las copias de los cheques y de los mensajes de transferencia telegráfica) empieza a correr a partir de la fecha en que se realizó la transacción, mientras que el período de retención de los registros de las cuentas (por ejemplo, las copias de los documentos de identificación, como los pasaportes, las tarjetas de identidad y documentos similares), corre a partir de la fecha en que se puso fin a la relación de negocio (por ejemplo, a partir del cierre de la cuenta). Dado que en una serie de casos importantes las prácticas corruptas han persistido durante un período muy largo, la disponibilidad de los registros financieros es esencial para las investigaciones ulteriores, así como para la identificación y restitución de los activos.

21. De conformidad con el artículo 52, párrafo 4, y con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de los delitos tipificados con arreglo a la Convención, los Estados partes deben aplicar medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación, conocidos generalmente como “bancos ficticios”. En una nota interpretativa se indica que la expresión “presencia real” significa “una dirección y gestión eficaces” situadas en el territorio nacional. La mera existencia de un agente local o de personal de escasa jerarquía no constituye presencia real. Se entiende que la noción de gestión incluye la administración, es decir, los libros y los registros⁵.

22. En el caso de los bancos ficticios, la dirección y gestión están en otra jurisdicción, en las oficinas de una entidad asociada o incluso en una residencia privada. Al estar la gestión en una jurisdicción diferente, el regulador de la jurisdicción de constitución no puede ejercer la debida supervisión. Los clientes de los bancos ficticios utilizan esos bancos principalmente para mantener el anonimato y por las facilidades que ofrecen para ocultar el origen de los fondos y canalizarlos hacia otras instituciones financieras. En otras palabras, es poco frecuente que el dinero permanezca depositado en un banco ficticio por mucho tiempo. Por ese motivo, en el mismo párrafo 4 del artículo 52 se alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras a) que se nieguen a entablar relaciones con bancos ficticios en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y b) que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos ficticios.

⁵ *Travaux Préparatoires* ..., pág. 490.

23. Los “bancos corresponsales” prestan servicios bancarios de un banco a otro. Representan un segmento importante del sector bancario y tienen vulnerabilidades intrínsecas porque permiten a los bancos situados en un Estado realizar negocios y ofrecer servicios a sus clientes en otras jurisdicciones en que no tienen presencia real. Con la apertura de una cuenta corresponsal, el banco extranjero, llamado “representado”, puede obtener un gran número, o la totalidad, de los servicios ofrecidos por el banco corresponsal, sin tener que sufragar el costo de obtener una licencia o de establecer una presencia real en la jurisdicción correspondiente⁶.

Medidas relativas a la divulgación de información financiera (párrs. 5 y 6)

24. Los sistemas de divulgación de información financiera tienen un doble objetivo. El primero es captar información financiera, por ejemplo sobre los activos y los ingresos, que les permita detectar si un funcionario público posee una riqueza que no es acorde con el ingreso declarado y que podría ser producto de la corrupción, es decir, una riqueza no justificada. La misma información puede utilizarse también como información de inteligencia o prueba al investigar y enjuiciar a un funcionario público por corrupción. El segundo objetivo de los sistemas de divulgación de información financiera es captar información sobre los intereses, los compromisos y las conexiones comerciales que puedan dar lugar a un conflicto de intereses potencial o manifiesto. Por consiguiente, la divulgación de información financiera es un instrumento importante para la prevención y detección de la corrupción. Además, esa divulgación no solo contribuye a una lucha eficaz contra la corrupción, sino que también aumenta la capacidad efectiva de las instituciones informantes y de otros países de detectar el blanqueo del producto de la corrupción.

25. Con arreglo al artículo 52, párrafo 5, los Estados partes considerarán la posibilidad de establecer sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los “funcionarios públicos pertinentes” y dispondrán sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. En este párrafo se aborda el primer objetivo de esos sistemas y se complementa lo dispuesto en el artículo 8, párrafo 5, en virtud del cual los Estados partes procurarán establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

26. Queda al arbitrio de los Estados partes determinar qué funcionarios públicos estarán sujetos a esos sistemas, la forma de aumentar la eficacia de la divulgación de información financiera y los tipos de sanciones que se aplicarán en caso de incumplimiento. Los Estados partes pueden también adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65, párrafo 2, y pueden decidir aplicar la obligación de divulgar información financiera a los familiares de los funcionarios públicos y a sus estrechos colaboradores.

27. En el artículo 52, párrafo 5, se pide además a los Estados partes que consideren la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información financiera con las

⁶ *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 216.

autoridades competentes de otros Estados partes, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la Convención (véanse también los artículos 43, 46, 48, 56 y 57, estrechamente relacionados con este aspecto).

28. Siguiendo la misma línea de alentar la divulgación de información financiera y la transparencia, el artículo 52, párrafo 6, dispone que los Estados partes considerarán la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en un país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Como en el caso de las disposiciones anteriores, si los Estados partes deciden aplicar esas medidas, deben también establecer las sanciones adecuadas para los casos de incumplimiento.

B. Temas de debate

29. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo las siguientes cuestiones:

a) Las prácticas y experiencias de los Estados partes respecto de las cuestiones relacionadas con las personas políticamente expuestas, incluidas la identificación de ese tipo de personas a nivel nacional (una lista de los nombres o una lista de las funciones), y la legislación y las prácticas nacionales pertinentes;

b) Las dificultades con que tropiezan los Estados partes y las instituciones financieras para identificar a las personas extranjeras políticamente expuestas en vista de la falta de listas oficiales consolidadas;

c) Las dificultades con que tropiezan los Estados partes para orientar y supervisar a las instituciones financieras en la debida identificación de las personas políticamente expuestas, nacionales o extranjeras;

d) Las dificultades con que tropiezan los Estados partes para identificar a los familiares y los estrechos colaboradores de las personas políticamente expuestas;

e) La experiencia de los Estados partes en las cuestiones relacionadas con los enfoques basados en el riesgo;

f) La experiencia de los Estados partes en las cuestiones relativas a la retención de documentos, incluidos los tipos de registros que deben mantener las instituciones financieras, los períodos de retención y las modalidades correspondientes (copias físicas o digitales);

g) Las dificultades con que tropiezan las autoridades supervisoras para velar por que los bancos que operan en los Estados partes no tengan relaciones de banco corresponsal con bancos ficticios, o con instituciones financieras extranjeras que permitan el uso de sus cuentas por bancos ficticios;

h) La experiencia de los Estados partes en el establecimiento de sistemas de divulgación de información financiera, en particular el abanico de funcionarios públicos incluidos en el sistema (por rango, área de vulnerabilidad u otros criterios),

la información que se ha de divulgar, la verificación y otros procedimientos y la aplicación de sanciones;

i) La posibilidad y la dificultad de aplicar medidas de divulgación de información financiera a los familiares de los funcionarios públicos y sus estrechos colaboradores;

j) Las buenas prácticas y los obstáculos para el intercambio internacional de la información financiera divulgada y su utilización para ayudar a las instituciones financieras a identificar a las personas políticamente expuestas y ejercer la diligencia debida con respecto al cliente;

k) Las formas eficaces, incluida la cooperación directa entre los organismos encargados de recibir las declaraciones de ingresos y bienes, así como entre las dependencias de inteligencia financiera, de identificar las cuentas financieras en un país extranjero en que funcionarios públicos tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole.

III. Debate temático sobre el artículo 53 (Medidas para la recuperación directa de bienes)

A. Antecedentes

30. El artículo 53 se refiere a las medidas para la recuperación directa de bienes mediante una acción civil. Esta disposición innovadora deja atrás el concepto de que el producto de la corrupción solo puede recuperarse mediante el decomiso y obliga a los Estados partes a reconocer en sus ordenamientos jurídicos el derecho de los Estados perjudicados de procurar obtener, mediante una acción civil privada, la recuperación directa de los bienes, una indemnización o el resarcimiento de los daños y perjuicios. Esa acción civil puede basarse en los bienes (reclamación *in rem*) o en el agravio sufrido. No debe confundirse con el decomiso de activos sin que medie una condena, que es una medida adoptada por el Estado en que se encuentran los bienes (el Estado del foro).

31. Aunque es mucho lo que se ha hecho en el marco de la Convención y de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial para hacer posible la recuperación de los activos mediante la cooperación internacional y la asistencia judicial recíproca en los asuntos penales, hasta ahora se ha hecho menos hincapié en la recuperación mediante una acción civil. Sin embargo, los autores de los delitos tipificados con arreglo a la Convención incurrir no solo en responsabilidad penal sino también en responsabilidad civil (por ejemplo, por los daños y perjuicios y por la indemnización)⁷. De hecho, la Convención se refiere explícitamente a la responsabilidad civil en el artículo 26, párrafo 2, y en los artículos 34 y 35. Además, las medidas de embargo preventivo e incautación (arts. 31 y 54) pueden adoptarse también al amparo del derecho civil.

⁷ La Iniciativa StAR está preparando una publicación sobre los recursos civiles en apoyo de la recuperación de activos.

32. El artículo 53 se basa en los conceptos modernos de las relaciones internacionales y el estado de derecho, según los cuales los Estados no solo son sujetos de derecho internacional sino que también son sujetos de derecho en los sistemas jurídicos nacionales de los demás Estados. Al ser sujetos de derecho nacional, los Estados tienen la capacidad jurídica de poseer derechos y obligaciones, incluido el derecho a iniciar una acción judicial para reclamar la propiedad de bienes o una indemnización por daños y perjuicios.

33. Por consiguiente, una forma simple en que un Estado podría recuperar el producto de la corrupción situado en otro Estado sería iniciar una acción civil como demandante ante los tribunales de ese Estado. Tal acción tendría ventajas en los casos en que no fuera posible un enjuiciamiento penal, o cuando la norma de la prueba fuera menor en las causas civiles. Además, el Estado demandante no tendría que solicitar la asistencia judicial recíproca sino que podría actuar incluso en ausencia de cooperación jurídica.

34. No obstante, una acción de ese tipo presupone, como primer requisito formal, que el Estado demandante tenga la capacidad de iniciar una acción legal (*locus standi*) en los tribunales del otro Estado. Por lo tanto, en el artículo 53 se exige a los Estados partes que faculten a otros Estados partes para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos, directa o indirectamente, mediante la comisión de un delito de corrupción (art. 53 a)). Con frecuencia, el derecho procesal nacional trata a los otros Estados como una persona jurídica extranjera y le concede automáticamente la legitimación procesal. Solo cuando no es así cobra importancia el artículo 53. Por lo tanto, los Estados partes deben examinar su legislación interna y, si ello no está previsto en su derecho procesal civil, deben asegurarse de que se conceda la legitimación a los otros Estados partes⁸ y a sus representantes legales.

35. El párrafo a) del artículo 53 no exige a los Estados partes del cumplimiento de las normas generales para la legitimación y la admisibilidad, como el hecho de tener que contratar un abogado local o el establecimiento de plazos. Sin embargo, los Estados deben velar por que las cuestiones sustantivas relativas al fondo de la causa — como las pruebas del daño sufrido o una relación causal estrecha entre el daño y la presunta conducta — no se mezclen con las cuestiones de la admisibilidad de la acción de modo tal que, en la práctica, sea demasiado oneroso obtener el *locus standi*.

36. El artículo *per se* tampoco impide a los Estados partes someter las acciones civiles de otros Estados a normas especiales de competencia, por ejemplo asignando esas acciones a un tribunal de nivel superior al de los tribunales ordinarios de primera instancia. Sin embargo, estas normas no deben menoscabar los derechos procesales, como el derecho de apelación.

37. Tal como está formulado el artículo 53 a), la obligación se limita a las acciones civiles “con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes” adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención.

⁸ En una nota interpretativa sobre el artículo 53 se aclara que los Estados partes podrían, en la práctica, reconocer los legítimos derechos de propiedad de una organización internacional pública de la que fueran miembros sobre los bienes adquiridos mediante actos tipificados como delito con arreglo a la Convención (*Travaux Préparatoires ...*, pág. 498).

Sin embargo, si el autor del delito no adquirió el bien mediante malversación sino mediante otro delito tipificado con arreglo a la Convención, como el soborno, en que los activos proceden de fondos privados, el Estado demandante puede no ser siempre el propietario de esos activos (como se reconoce en el párrafo 3 del artículo 57). Por lo tanto, teniendo en cuenta su objeto y su propósito, la disposición puede tener que interpretarse de manera más amplia para permitir la legitimación no solo en las acciones que tengan por finalidad el reconocimiento de la propiedad o la restitución (*rei vindicatio*) sino también en otras acciones civiles y, en particular, en las reclamaciones de indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios.

38. De hecho, en el artículo 53 b) se exige a los Estados partes que faculten a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado que haya resultado perjudicado por esos delitos. Para aplicar esta disposición, los Estados partes deben autorizar a los otros Estados partes a personarse ante sus tribunales y recibir el resarcimiento por daños y perjuicios. Esto podría lograrse de dos maneras: a) mediante una acción civil en que el Estado perjudicado interponga una acción como demandante (por ejemplo, en virtud del derecho sobre responsabilidad civil); o b) como asunto secundario en un procedimiento penal en que se autorice al Estado perjudicado a comparecer como tercero.

39. Numerosos Estados, por ejemplo las partes en el Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, ya han establecido el derecho de las personas a obtener resarcimiento por los daños y perjuicios resultantes de los actos de corrupción (véase el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa). En la medida en que los Estados extranjeros se consideren incluidos en la definición de “persona”, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no requiere ningún cambio legislativo adicional. Solo cuando no sea así, o cuando no exista un procedimiento judicial establecido para solicitar indemnización por los daños y perjuicios resultantes de delitos relacionados con la corrupción, habrá que establecer un procedimiento específico para los Estados partes perjudicados.

40. A diferencia del Convenio del Consejo de Europa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no especifica qué tipos de daños y perjuicios se resarcirán. Por consiguiente, los Estados partes deben decidir si solo se puede solicitar indemnización por los daños materiales, o si también es posible hacerlo por el lucro cesante o las pérdidas no pecuniarias. Estas últimas pueden relacionarse, por ejemplo, con la pérdida de confianza, reputación y legitimidad del sistema institucional. Puesto que las pérdidas no pecuniarias son difíciles de cuantificar, la indemnización puede consistir en contribuciones a programas institucionales, de creación de capacidad para la lucha contra la corrupción u otros similares. De igual modo, los Estados deberán decidir si, y en qué medida, podrá obtenerse indemnización por los daños indirectos.

41. En el artículo 53 b) tampoco se establecen las condiciones sustantivas para incurrir en responsabilidad (por ejemplo, un nexo causal entre el acto relacionado con la corrupción y el daño sufrido). Esencialmente, el apartado b) se refiere a los aspectos procesales de la reclamación, no a su fondo. Sin embargo, la obligación sustantiva de ofrecer la posibilidad de indemnización figura en el artículo 35, sobre la indemnización por daños y perjuicios.

42. En virtud del artículo 53 c), los Estados partes deben adoptar las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención.

43. Así pues, en este artículo se exige a los Estados partes que legitimen a los otros Estados partes para reivindicar, como terceros en un procedimiento de decomiso, la propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la Convención. Para poder valerse de este derecho, los otros Estados deben tener conocimiento de esa actuación. En consecuencia, los Estados partes deben considerar la posibilidad de comunicar a los Estados partes interesados su derecho a participar en la actuación. Ello puede hacerse de conformidad con el artículo 56.

B. Temas de debate

44. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo las siguientes cuestiones:

a) Las experiencias de los Estados partes en la aplicación del artículo 53 en la práctica, especialmente el trato de los Estados como demandantes en comparación con el trato de las personas jurídicas nacionales y extranjeras;

b) La información sobre las normas especiales de competencia o legitimidad aplicables a los Estados extranjeros y sus repercusiones;

c) Las experiencias en la contratación de un abogado nacional, en particular si ese requisito ha supuesto un obstáculo para los Estados partes que interponen acciones ante los tribunales de otro Estado parte; las formas en que el Estado demandante y el Estado del foro se aseguran de que sea posible y factible contratar a un abogado nacional altamente cualificado, competente y especializado, particularmente en el caso de que el primero sea uno de los países menos adelantados; y la disponibilidad de asistencia letrada o representación gratuita;

d) El alcance y la definición de las acciones civiles “con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes”, en particular si van más allá del reconocimiento de la propiedad y la restitución (*rei vindicatio*);

e) El significado de la limitación del alcance del artículo 53 a) a las acciones civiles “con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes”, y si el artículo debería interpretarse de manera más amplia para incluir toda acción civil relacionada con la recuperación de activos, incluidas las reclamaciones basadas en la responsabilidad civil y los contratos;

f) Los requisitos restrictivos para la legitimación (por ejemplo, la exigencia de pruebas de los daños o las pérdidas), que pueden ser demasiado estrechos para ser considerados acordes con el artículo 53;

g) El tipo de indemnización o resarcimiento por daños y perjuicios que puede reclamarse en la práctica (lucro cesante, pérdidas no pecuniarias, daños indirectos);

h) Las condiciones sustantivas para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios y la indemnización;

i) Las formas de asegurarse de que el Estado parte interesado (por ejemplo, un Estado afectado por el soborno) sea debidamente notificado en una fase temprana para que tenga la posibilidad de interponer una acción;

j) Las ventajas y desventajas relativas del enfoque de la recuperación directa (en que el Estado parte perjudicado entabla un proceso) y el enfoque de la recuperación indirecta (en que el Estado parte perjudicado es solo un tercero en el proceso) y, en particular, si la recuperación directa entraña beneficios o riesgos económicos (las costas legales), si es más rápido, más eficaz y más eficiente, o si la falta de potestad para hacer cumplir la ley representa un inconveniente decisivo.
