



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito



Manual de
**cooperación internacional en el
decomiso del producto del delito**

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

Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito



NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2013

© Naciones Unidas, febrero de 2013. Reservados todos los derechos a nivel mundial.

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

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

Imágenes de la portada, de izquierda a derecha: ©iStockphoto.com/Alexandr Mitiuc; ©iStockphoto.com/Maria Toutoudaki; ©iStockphoto.com/Rudyanto Wijaya.

Índice

	<i>Página</i>
I. Definiciones y términos empleados	1
II. Introducción	7
III. Un proceso para el decomiso de activos.	11
A. Actividades de inteligencia, reunión de pruebas y localización de activos	11
B. Examen de las capacidades de otro Estado.	14
C. Aseguramiento de los activos	16
D. Gestión de activos y órdenes de ejecución	17
E. Solicitud de decomiso	17
F. Cooperación internacional.	21
G. Alternativas al decomiso	23
IV. Planificación de la investigación	25
A. Sinopsis	25
B. Estructura de la investigación	25
C. Obstáculos a la investigación	26
D. Cooperación en la investigación	29
E. Investigaciones internacionales.	29
F. Viabilidad de las investigaciones internacionales.	32
G. Examen de la autoridad de otras jurisdicciones	33
H. Jurisdicción	33
I. Vigilancia técnica.	34
J. Técnicas de investigación.	34
K. Prescripción e inmunidad contra el enjuiciamiento	34
L. Expectativa en cuanto a los criterios de prueba	35
M. Responsabilidad penal de las empresas	35
N. Prioridades de la investigación y gestión de las causas.	36
O. Momento oportuno.	36
V. Localización de activos	39
A. Sinopsis	39
B. Información ya existente en la investigación.	39
C. Planificación de la investigación de los activos.	40
D. Conocer el objetivo.	41
E. Registros y datos financieros	45
F. Información de fuentes públicas	46
G. Información de fuentes gubernamentales	46
H. Registros públicos	47

I.	Registros judiciales	48
J.	Empresas de servicios públicos	48
K.	Internet	48
L.	Información de fuentes gubernamentales especializadas	48
M.	Utilización de la información	50
N.	Órdenes de vigilancia o de presentación de documentos	51
O.	Órdenes de inspección	52
P.	Revelación de información de los registros financieros	55
Q.	Transferencias electrónicas	56
R.	Registros contables comerciales	57
S.	Títulos de propiedad	58
T.	Recopilación de las pruebas reunidas	58
VI.	Medidas provisionales de preservación de los activos hasta que se proceda al decomiso	61
A.	Sinopsis	61
B.	Terminología	62
C.	Requisitos de la orden de preservación o incautación	62
D.	Solicitud	64
E.	Planificación temprana de la preservación	65
F.	Gestión de los activos	67
G.	Ejecución de la orden de preservación	70
H.	Pago de costas	72
I.	Terceros de buena fe	74
J.	Procedimientos secundarios	74
VII.	Cuestiones posteriores a la preservación	75
A.	Administrador de activos especializado	75
B.	Facultades generales de gestión	77
C.	Gestión de una empresa en marcha	77
D.	Activos de rápida depreciación y perecederos	77
E.	Necesidad de actuar con precaución al asumir la gestión	78
F.	Uso de activos en la investigación	78
G.	Problemas inesperados	78
H.	Activos fuera de la jurisdicción	79
I.	Gastos de gestión	80
J.	Costo de las impugnaciones	80
K.	Cuestiones posteriores al decomiso	81
L.	Venta final	82
M.	Uso de los bienes decomisados	83
VIII.	Solicitud de decomiso	85
A.	Sistemas de decomiso	86
B.	Decomiso de bienes	87

C. Uso de presunciones en el decomiso	89
D. Decomiso ampliado.....	91
E. Protección de terceros	91
F. Criterio basado en el valor	92
G. Decomiso en el extranjero.....	94
H. Gastos de enajenación.....	94

Anexos

I. Consideraciones para la preservación o incautación de activos: lista de control	95
II. Modelo de cálculo del valor neto.....	97
III. Modelo de orden de incautación	101
IV. Orden de presentación de documentos	111
V. Ejemplo de orden de supervisión de cuenta.....	117
VI. Ejemplo de directrices para examinar una solicitud de designación de administrador de activos o síndico	119

I. Definiciones y términos empleados

Véase también: *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*¹

“Activos”: véase “bienes”.

“Acto terrorista” es: *a)* todo acto que constituya un delito, en relación con el contexto y la definición de alguno de los siguientes tratados: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves², Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil³, Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos⁴, Convención Internacional contra la toma de rehenes⁵, Convención sobre la protección física de los materiales nucleares⁶, Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil⁷, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima⁸, Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental⁹ y Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas¹⁰; y *b)* todo acto cometido con la intención de causar la muerte o lesiones graves a civiles o a cualquier otra persona que no participe activamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a la población u obligar al gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar algún tipo de acto.

“Asistencia judicial recíproca” es un proceso mediante el cual los Estados solicitan y prestan asistencia para la reunión de pruebas en una causa penal. Véase además el *Manual de asistencia judicial y extradición* (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito).

“Autoridad central (para la asistencia judicial recíproca)” es la entidad administrativa designada por un Estado para que actúe como punto de contacto central con otros Estados en cuestiones de cooperación internacional. En general, los tratados exigen a los Estados la creación de una autoridad central.

¹Jean-Pierre Brun y otros, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2011).

²Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325.

³*Ibid.*, vol. 974, núm. 14118.

⁴*Ibid.*, vol. 1035, núm. 15401.

⁵*Ibid.*, vol. 1316, núm. 21931.

⁶*Ibid.*, vol. 1456, núm. 24631.

⁷*Ibid.*, vol. 1589, núm. 14118.

⁸*Ibid.*, vol. 1678, núm. 29004.

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*, vol. 2149, núm. 37517.

“Beneficios dimanados del delito” son todos los bienes, servicios, ventajas o beneficios que forman parte del patrimonio de una persona y que fueron adquiridos, directa o indirectamente, a resultas de la participación de esa persona en la comisión de un delito, sin que importe que los bienes, servicios, ventajas o beneficios se hayan adquirido lícitamente.

“Bienes” son los activos de todo tipo, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos jurídicos que determinan la existencia de un título o interés respecto de esos activos. (Véase el artículo 2 *d*) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

“Activos mal habidos” son los bienes relacionados con un delito, en el sentido de que se los utilizó para cometer el delito o se derivaron de él.

“Acuerdo entre el acusado y el fiscal” es el acuerdo a que se llega en un proceso penal entre el fiscal y el acusado por el cual el acusado conviene en declararse culpable de un cargo a cambio de algún tipo de concesión por parte del ministerio público. El acusado podría declararse culpable de un cargo más leve, o de uno de varios cargos, a cambio del retiro de los demás cargos, o bien podría declararse culpable del cargo original a cambio de una pena más leve; también conocido como “conformidad negociada”, “calificación conformada” o “inmunidad judicial”.

“Conocer al cliente” se refiere a la diligencia debida y a las actividades de regulación bancaria que las instituciones financieras y otras entidades reguladas deben llevar a cabo a fin de identificar a sus clientes y obtener la información pertinente para celebrar con ellos operaciones financieras.

“Confiscación”: véase “decomiso”.

Las “cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de dinero y las nueve recomendaciones especiales sobre financiación del terrorismo” son una serie de recomendaciones elaboradas por el Grupo de Acción Financiera que incluyen una serie completa de medidas para luchar contra el blanqueo de dinero que abarcan el sistema de justicia penal y los organismos encargados del cumplimiento de la ley, el sistema financiero y su regulación, y la cooperación internacional. Han sido reconocidas o respaldadas por muchos órganos internacionales. A comienzos de 2012 se publicó una versión revisada (véase Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money-Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation: the FATF Recommendations*, París, febrero de 2012; se puede consultar en: www.fatf.gafi.org).

“Decomiso” es la privación de bienes con carácter definitivo por orden judicial o de otra autoridad competente. A menudo se utiliza indistintamente el término “confiscación”. El decomiso se realiza por medio de un procedimiento judicial o administrativo por el que se transfiere al Estado la propiedad de ciertos fondos u otros activos. Las personas o entidades que tenían un interés en esos fondos o activos en el momento del decomiso pierden, en principio, todo derecho a los fondos u otros activos decomisados. Véase el artículo 2 *g*) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

“Decomiso administrativo” es el mecanismo de decomiso de los activos utilizados en la comisión de un delito o relacionados con este que se aplica mientras se realiza una investigación. Invariablemente está autorizado por ley y se lo observa generalmente en los controles aduaneros fronterizos. La urgencia del decomiso hace que no requiera autorización judicial, aunque en la mayoría de las jurisdicciones este tipo de decomiso puede ser impugnado.

“Decomiso basado en el valor” es el método de decomiso que permite al tribunal, una vez determinados los beneficios directos o indirectos que haya obtenido una persona a resultas de su

conducta delictiva, imponer una sanción pecuniaria (por ejemplo, una multa, cuyo monto usualmente es un múltiplo del valor del producto del delito) que se puede ejecutar respecto de cualquier bien de propiedad de esa persona.

“Decomiso sin condena” es el decomiso o la extinción de dominio que se lleva a cabo sin que se haya condenado al autor del delito. También se lo conoce como “decomiso *in rem*”, “decomiso objetivo” o “decomiso civil”.

“Delincuencia organizada” se refiere a una serie de delitos graves cometidos por un grupo estructurado de tres o más personas durante un período determinado y que actúan de concierto para cometer esos delitos a fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo.

“Delincuencia organizada transnacional” es la delincuencia organizada en que algunos de sus aspectos se manifiestan en dos o más países, en la medida en que los tribunales de cualquiera de esos países tengan jurisdicción penal sobre los autores.

“Embargo preventivo” es la prohibición temporal de transferir, convertir, disponer o trasladar bienes, en general con fundamento en una disposición judicial o de una autoridad competente. Se suelen emplear indistintamente los términos “congelación” o “bloqueo”.

“Entrega vigilada” es la técnica que permite el paso de un cargamento ilícito o sospechoso al territorio de uno o más Estados, o a través de este, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con miras a investigar un delito e identificar a los partícipes en su comisión.

“Estilo de vida (delictivo)” es una expresión utilizada con referencia a un condenado por delitos determinados o a una conducta que forma parte del transcurso de una actividad delictiva, en el sentido de que el acusado o bien fue condenado en una sola ocasión por la comisión de cuatro o más delitos de cualquier tipo y de los que se haya beneficiado, o bien se lo condena o se lo haya condenado previamente en por lo menos dos ocasiones diferentes dentro de un plazo determinado (por ejemplo, seis años) por delitos de cualquier tipo y de los que se haya beneficiado.

“Extradición” es el proceso formal por el cual un Estado solicita el regreso forzoso de una persona acusada de un delito o condenada por el mismo a fin de someterla a juicio o de que cumpla la condena en ese Estado.

“Financiación del terrorismo” es la financiación de actos terroristas o de terroristas y organizaciones terroristas.

“Grupo de Acción Financiera” es el nombre de un organismo internacional cuyo propósito es elaborar y promover políticas nacionales e internacionales para luchar contra el blanqueo de dinero y el terrorismo financiero (véase www.fatf-gafi.org).

“Informes de evaluación mutua del Grupo de Acción Financiera” son evaluaciones entre los propios países a cargo de expertos de otros países, preparados, revisados y publicados en línea, en las que se describe el cumplimiento por parte de los Estados y su capacidad de emprender investigaciones, enjuiciamientos, asistencia judicial recíproca, extradición y solicitudes de decomiso del producto del delito y sus instrumentos.

“Institución financiera” es toda persona o entidad que realiza comercialmente una o más de las siguientes actividades u operaciones para un cliente o en su nombre:

- a)* Aceptación del público de depósitos u otros fondos reembolsables;
- b)* Préstamos;
- c)* Arrendamiento financiero o con opción de compra (leasing);
- d)* Transferencia de dinero o valores;
- e)* Expedición y gestión de medios de pago (como tarjetas de crédito o débito, cheques, cheques de viajero, giros postales y cheques certificados, dinero electrónico).

“Instrumentos” son los activos utilizados para facilitar la comisión de un delito, por ejemplo, el automóvil o la embarcación utilizados para el transporte de drogas.

“Blanqueo de dinero” es todo acto o tentativa de ocultar la fuente del dinero o los activos dimanados de una actividad delictiva. Incluye el ocultamiento de los orígenes y el uso de los activos ilícitos. A menudo el blanqueo se utiliza para ocultar el producto de la corrupción y es practicado ampliamente por traficantes de drogas, traficantes de personas, cleptócratas y grupos de delincuencia organizada.

“Operación encubierta” (conocida también como entrega vigilada) es una técnica de investigación proactiva en la que agentes policiales infiltrados participan como “agentes provocadores” en la comisión de delitos.

“Orden de embargo” es una orden (normalmente judicial) que deja los bienes bajo la posesión física del propietario o de un tercero, pero que impone condiciones específicas sobre su uso, o la prohibición de su venta, arrendamiento, destrucción o cualquier disminución de su valor mientras esté vigente el embargo.

“Orden de vigilancia” es un mandamiento judicial dirigido a una institución financiera para que proporcione a una persona autorizada información sobre las transacciones realizadas por medio de una cuenta que tenga en la institución la persona indicada en la orden. Este tipo de orden puede exigir a la institución que dé a conocer la información inmediatamente después de realizada la transacción, o si sospechara que la transacción está a punto de realizarse; el mandamiento también puede ordenar a la institución financiera que se abstenga de completar o realizar la transacción durante un plazo determinado.

“Orden de presentación de documentos” es un mandamiento judicial dirigido a una persona en concreto para que presente, para su inspección por parte de una persona autorizada, toda documentación que permita identificar o localizar bienes sujetos a decomiso, o determinar el valor de los bienes o los beneficios obtenidos por el acusado a resultas de su conducta delictiva.

“Organización terrorista” es todo grupo de terroristas que: *a)* comete o intenta cometer actos terroristas por cualquier medio, directo o indirecto, ilícita y dolosamente; *b)* participa como cómplice en la comisión de actos terroristas; *c)* organiza o dirige a terceros en la comisión de actos terroristas; o *d)* contribuye a la comisión de actos terroristas por parte de un grupo de personas que actúan con un propósito común, siendo la contribución dolosa y con el fin de propiciar el acto terrorista o con el conocimiento de la intención del grupo de cometer un acto terrorista.

“Pena accesoria de decomiso o confiscación” es el decomiso realizado por el Estado del producto de un delito sobre el que ha recaído una condena penal. En algunas jurisdicciones también se denomina “decomiso penal”.

“Producto del delito” son todos los bienes dimanados u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito (véase el artículo 2 *e*) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional). Se lo conoce también como “producto del crimen”.

“Recuperación de activos” es un término empleado para describir las acciones gubernamentales encaminadas a repatriar al país de origen el producto del delito oculto en jurisdicciones extranjeras.

“Registros contables comerciales” son todos los documentos y libros utilizados en la preparación de estados o registros financieros pertinentes para las auditorías y los exámenes financieros. Entre los registros contables se incluyen registros de activos y pasivos, transacciones monetarias, libros mayores, libros diarios y toda la documentación de apoyo, como cheques y facturas. En muchas jurisdicciones se exige a las instituciones financieras y a ciertas instituciones no financieras que conserven sus registros contables durante un plazo determinado, en general seis años.

“Terrorista” es toda persona física que: *a*) comete o intenta cometer actos delictivos terroristas por cualquier medio, directo o indirecto, ilícita y dolosamente; *b*) participa como cómplice en la comisión de actos terroristas; *c*) organiza o dirige a terceros en la comisión de actos terroristas; o *d*) contribuye a la comisión de actos terroristas por parte de un grupo de personas que actúan con un propósito común, siendo la contribución dolosa y con el fin de propiciar el acto terrorista o con el conocimiento de la intención del grupo de cometer un acto terrorista.

“Unidad de inteligencia financiera” es el organismo nacional central encargado de recibir (y, de estar autorizado, de solicitar), analizar y comunicar a las autoridades competentes: *a*) información financiera relativa a presuntos productos del delito y posible financiación del terrorismo; o *b*) información financiera exigida por las leyes o reglamentos nacionales, a fin de luchar contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

II. Introducción

“Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas”.

Kofi Annan, Secretario General

Fuente: Prefacio de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

1. El presente manual centra su atención en las medidas que se pueden adoptar a nivel nacional para que los delincuentes no saquen provecho de sus actividades delictivas. Muchas convenciones internacionales y regionales incluyen disposiciones sobre el decomiso de activos. En la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988¹¹, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹² y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹³ se exhorta a los países a que penalicen conductas y a que impidan que los delincuentes obtengan beneficios de sus actividades, que es el móvil más frecuente de la delincuencia. A nivel regional, en el Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, inspección, incautación y decomiso del producto del delito¹⁴, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, y la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁵, así como en la Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos para combatir el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales¹⁶ se establecen distintos criterios para luchar por que nadie se pueda beneficiar del delito.

2. En los artículos 12 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establecen las medidas que se espera que las partes habrán de adoptar respecto de la confiscación de bienes, como modo de evitar que la delincuencia sea una fuente de beneficios. La Convención contra la Delincuencia Organizada responde a la realidad de que los grupos delictivos organizados, con la ayuda de expertos, funcionan al margen del derecho nacional o internacional,

¹¹Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, núm. 27627.

¹²*Ibid.*, vol. 2225, núm. 39574.

¹³*Ibid.*, vol. 2349, núm. 42146.

¹⁴*Ibid.*, vol. 1862, núm. 31704.

¹⁵E/1996/99.

¹⁶*Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.98.III.B.18).

ignorando, eludiendo o frustrando la aplicación de las leyes internas a menos que estas les sean ventajosas. Como el mundo moderno se basa en la libre circulación del capital, es necesario crear capacidad internacional a fin de responder a la delincuencia organizada. Dicho de manera más simple, muy frecuentemente los grupos delictivos internacionales están mejor organizados que el Estado.

3. El grave problema de la delincuencia organizada transnacional y la necesidad de mejorar los mecanismos para luchar contra sus efectos y facilitar la recuperación del producto de la delincuencia organizada llevó a la comunidad internacional a aprobar la Convención contra la Delincuencia Organizada, de la que actualmente 166 Estados son parte. Si esos Estados estuvieran tan bien organizados como las sofisticadas organizaciones delictivas, no sería necesario un manual sobre el decomiso y la disposición de los bienes. La realidad es que la cooperación internacional no es lo suficientemente eficaz como para impedir que la delincuencia organizada rinda beneficios.

4. La comunidad internacional reconoce el grave problema que representa la delincuencia organizada y que se deben mejorar los mecanismos de lucha contra ese tipo de delincuencia y facilitar la recuperación de lo producido por ella, para lo cual es necesario el decomiso. Los Estados deben vivir sabiendo que los capitales (delictivos o de otro tipo) en general se mueven sin tropiezos entre las fronteras nacionales, mientras que sus leyes internas los obligan a proteger a sus nacionales y a mantener su soberanía. Los grupos delictivos organizados tienen plena conciencia de que se pueden valer de las restricciones fronterizas a fin de proteger sus riquezas ilícitas. La Convención contra la Delincuencia Organizada fue ideada para luchar no solo contra ciertos delitos, sino también para superar los retos que afrontan los Estados en materia de cooperación internacional. Hace decenios que se tiene plena conciencia de la realidad del blanqueo de dinero. La labor del Grupo de Acción Financiera (GAFI) y de sus órganos regionales en la esfera de recomendaciones para luchar contra el blanqueo de dinero, junto con la adhesión de los Estados a las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera mediante leyes nacionales que ponen en práctica las disposiciones allí establecidas, son una muestra del compromiso internacional de luchar contra el blanqueo de dinero.

5. La recuperación del producto del delito o de sus instrumentos es compleja. En los Estados federales y en los Estados unitarios grandes, quizás sea necesaria la coordinación y colaboración entre los organismos encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales de todo el país. En un Estado menos desarrollado, puede ser difícil justificar las consecuencias financieras de un régimen de lucha contra el blanqueo de dinero. Cada Estado debe establecer un equilibrio entre sus prioridades nacionales, mientras que inevitablemente los grupos delictivos organizados se aprovecharán de esas deficiencias para resguardar sus ganancias. Otras oportunidades de las que se valen los grupos delictivos organizados para proteger sus activos surgen de las distintas tradiciones jurídicas, como las tradiciones dualista y monista relativas a la incorporación del derecho internacional; las distinciones entre el sistema de derecho continental y el del *common law*¹⁷, y las barreras que crean los distintos idiomas. En consecuencia, los Estados deben contar con instrumentos que les permitan investigar, cooperar y decomisar bienes en los casos rutinarios de delincuencia organizada internacional, como el contrabando de efectivo en gran escala, y casos más complejos de fraude en las inversiones y el movimiento de ganancias ilícitas.

6. En cuanto a las desventajas de los Estados respecto de los delincuentes, el magistrado La Forest de la Corte Suprema del Canadá, en una causa de extradición, observó que:

¹⁷En el capítulo 1 del *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, que se publicó para respaldar las disposiciones de cooperación internacional de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se resumen las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos.

Gracias a las comunicaciones modernas se han reducido las distancias en el mundo y se ha hecho realidad la aldea global de McLuhan. La comunidad delictiva internacional solo respeta las fronteras nacionales cuando les sirven de medio para frustrar los esfuerzos de las autoridades judiciales y las fuerzas del orden. El tráfico de drogas, que es lo que nos ocupa, es una empresa internacional y, para investigarlo, enjuiciarlo y reprimirlo se necesitan instrumentos eficaces de cooperación internacional¹⁸.

Se trataba de una causa de tráfico de drogas, pero el problema descrito se aplica igualmente a todas las formas de delincuencia organizada y transnacional. La cuestión se agrava por el simple hecho de que quizás la delincuencia sea local, pero el movimiento del producto del delito fácilmente puede ser internacional.

7. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, junto con la labor del Grupo de Acción Financiera y otras iniciativas, como la Iniciativa para la recuperación de activos robados (StAR)¹⁹ aportan directrices amplias sobre cómo responder al movimiento de las ganancias de origen delictivo. Básicamente, ilustran la manera en que los Estados deben establecer los instrumentos que les permitan abordar las solicitudes de investigación, enjuiciamiento y decomiso relativas a la delincuencia organizada dirigidas contra los instrumentos y el producto del delito.

8. Es necesario contar con técnicas especializadas de investigación y conocimientos esenciales que permitan “seguir el dinero” más allá de las fronteras nacionales, capacidad de actuar con rapidez para evitar la dispersión de los activos y reconocer la necesidad de contar con respuestas para la gestión de activos. Para que esas medidas sean eficaces, se debe establecer una autoridad nacional competente encargada de iniciar, sustanciar y coordinar los procesos judiciales ante los tribunales internos y extranjeros, o para aportar a las autoridades de otras jurisdicciones pruebas o elementos de inteligencia para las investigaciones (o ambas cosas). Se deben considerar todas las opciones legales, ya sea decomiso penal, decomiso sin condena, acciones civiles u otras alternativas. Este proceso puede resultar abrumador, aun para los especialistas más experimentados. Los delincuentes no sufren este problema: están organizados para aprovechar esa situación.

9. El objetivo principal del presente manual es facilitar la recuperación de activos con arreglo a las disposiciones de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Debe utilizarse junto con la obra complementaria, el Manual de asistencia judicial y extradición. El presente manual consta de seis capítulos. En el capítulo III se ofrece una sinopsis del proceso de recuperación de activos y las vías jurídicas para la recuperación. El capítulo IV presenta algunas consideraciones estratégicas para la preparación y gestión de una causa de recuperación de activos, incluida la reunión de las fuentes iniciales de hechos e información, la creación de un equipo y el establecimiento de relaciones de cooperación internacional con las contrapartes extranjeras. El capítulo V introduce técnicas que los especialistas pueden aplicar para localizar activos y analizar datos financieros, así como para asegurar pruebas fiables y admisibles para las causas de decomiso de activos. En el capítulo VI se examinan las medidas provisionales y la planificación necesarias para asegurar los activos antes del decomiso. En el capítulo VII se introducen algunas de las cuestiones de gestión que los especialistas

¹⁸ *United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

¹⁹ La Iniciativa para la recuperación de activos robados se elaboró durante el proceso de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Se trata de una iniciativa gestionada conjuntamente por el Banco Mundial y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Con arreglo a la iniciativa se han publicado varios textos excelentes, todos ellos centrados en los activos provenientes de la corrupción. El más reciente es de Kevin M. Stephenson y otros, *Barriers to Asset Recovery: An Analysis of the Key Barriers and Recommendations for Action* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2011).

deben considerar durante esa etapa. Los distintos sistemas de decomiso constituyen el centro de atención del capítulo VIII, incluido un examen de los distintos sistemas, la manera en que funcionan y las mejoras procesales que se aplican en algunas jurisdicciones. La cuestión de la cooperación internacional se aborda en el *Manual de asistencia judicial mutua y extradición*.

III. Un proceso para el decomiso de activos

10. La recuperación de activos es un elemento esencial de una estrategia eficaz encaminada a lograr una condena penal (de ser posible) y recuperar el producto y los instrumentos dimanados de los delitos cometidos por grupos organizados. Los especialistas no deben menoscabar la importancia de que los autores de ese tipo de delitos sean enjuiciados y condenados. Sin embargo, los Estados también necesitan lograr el decomiso del producto y los instrumentos de esos delitos. La condena no lleva automáticamente al decomiso. Quizás un delincuente no tenga inconvenientes en cumplir su condena si sabe que, al ser liberado, podrá contar con sus bienes, o que su familia podrá seguir disfrutando del producto del delito. El presente manual se refiere al decomiso de bienes más que al enjuiciamiento de los autores, que es un tema que corresponde a los fiscales.

A. Actividades de inteligencia, reunión de pruebas y localización de activos

11. Los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley reúnen pruebas y localizan activos. Actúan solos o dentro de una unidad especializada en investigaciones. Según la legislación y la práctica nacionales, están bajo la supervisión de los fiscales o los jueces de instrucción, o trabajan en estrecha cooperación con ellos. Además de procurar información disponible en el dominio público y datos de inteligencia de los organismos encargados del cumplimiento de la ley y de las bases de datos de otros organismos gubernamentales, los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley pueden emplear técnicas especiales de investigación. Para aplicar alguna de esas técnicas a veces es necesaria la autorización del fiscal o del juez (por ejemplo, vigilancia electrónica, órdenes de inspección y decomiso, órdenes de producción y órdenes de supervisión de cuentas), en otros casos esa autorización no es necesaria (por ejemplo, vigilancia física, información obtenida de fuentes públicas o entrevistas con testigos).

12. Con mucha frecuencia los funcionarios asignados a la investigación de delitos sustantivos cometidos por grupos organizados se concentran en establecer los elementos necesarios para probar la comisión de esos delitos. Posteriormente, centran su atención en las pruebas necesarias para localizar los activos. Sin embargo, esos activos siempre pueden ser desplazados a fin de frustrar las investigaciones y esos mismos activos se pueden disipar mientras se están investigando los delitos de fondo. El objetivo debe ser lograr el congelamiento de los activos ilícitos lo antes posible, en el contexto de la investigación más amplia de la delincuencia organizada. La necesidad de investigar simultáneamente los activos y el delito de fondo hace que los Estados deban considerar, siempre que sea posible, la posibilidad de establecer unidades especializadas en la localización o recuperación de activos, quizás en la forma de una oficina separada, según se describe en el recuadro 1, que trabaje conjuntamente con quienes investigan el delito. Ninguna de esas sugerencias es novedosa²⁰.

²⁰La decisión 2007/845/JAI del Consejo de Europa, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, es un ejemplo de estas actividades en el seno de la Unión Europea.

Recuadro 1. Características deseables de una oficina dedicada a la recuperación de activos

Una oficina dedicada a la recuperación de activos debe:

- a)* Tener una estructura multidisciplinaria que cuente con los conocimientos especializados de los órganos encargados del cumplimiento de la ley, las autoridades judiciales, las autoridades fiscales, los servicios de bienestar social, aduanas y otros servicios pertinentes. Estos organismos también deben poder ejercer sus facultades habituales y tener acceso a todas las bases de datos pertinentes a fin de identificar y localizar los activos;
- b)* Tener acceso al registro central de cuentas bancarias a nivel nacional, si existiera;
- c)* Contar con recursos suficientes;
- d)* Actuar como centro de coordinación de todas las solicitudes que se reciban respecto de la recuperación de activos;
- e)* Reunir todas las estadísticas pertinentes sobre embargos y decomisos;
- f)* Estar facultada para:
 - i)* Tener acceso a toda la información pertinente;
 - ii)* Coordinar y correlacionar toda la información pertinente de manera eficaz a nivel nacional;
 - iii)* Tener acceso a la información utilizando medios coercitivos, si procede;
 - iv)* Compartir la información a nivel nacional e internacional, cuando corresponda;
 - v)* Proteger esa información e imponer condiciones para su uso y posterior transmisión, a nivel nacional e internacional;
 - vi)* Expedir órdenes administrativas de protección de corto plazo cuando se identifiquen fondos que se puedan disipar rápidamente;
 - vii)* Realizar investigaciones conjuntas a nivel internacional;
- g)* Cuando no se encargue directamente de la administración de los activos decomisados, por lo menos obtener de las autoridades competentes información sobre esos bienes.

13. La vigilancia de un grupo de delincuentes organizados puede aportar información sobre el estilo de vida de los sospechosos, mientras que la vigilancia electrónica puede revelar la participación de asesores financieros o el traslado de efectivo y bienes. Además de la reunión de pruebas sobre los delitos de fondo, no se deben ignorar otro tipo de pruebas relacionadas con el producto del delito. Para asistir a los investigadores especializados en delincuencia organizada, se pueden aprovechar los datos que aporten los integrantes de la organización que estén detenidos, informantes o fuentes periodísticas. Sin embargo, no todos los investigadores penales son expertos en tecnologías de vigilancia o en el arte de interrogar debidamente a los testigos y a las personas investigadas. En consecuencia, a distintos investigadores se asignan tareas diferentes, a menudo sobre la base de sus

conocimientos especializados. El equipo de investigadores debe gestionar sus actividades a fin de maximizar los conocimientos individuales. Los investigadores deben estar tan organizados como los delincuentes que investigan. Si los recursos lo permiten, conviene contar con un equipo especializado de investigadores de activos que trabaje conjuntamente con otros investigadores especializados en delincuencia organizada.

14. A menudo las investigaciones realizadas por el equipo en su conjunto permiten detectar el traslado del producto del crimen a través de las fronteras internacionales. En el recuadro 2 se describe un ejemplo. El hecho de que las autoridades de otro Estado ya participen en una investigación local no constituye un verdadero obstáculo en una época en que se cuenta con la asistencia judicial recíproca y las obligaciones en virtud de tratados para prestar asistencia a los investigadores. Las comunicaciones modernas y la cooperación deben considerarse un beneficio y no una barrera para las investigaciones. Los especialistas y las autoridades nacionales competentes pueden prestar asistencia cuando una investigación va más allá de la jurisdicción en que comenzó. En Francia, en 2002, se establecieron por primera vez equipos especializados en investigación de los activos (*groups d'intervention regionaux* (GIR)). Esos equipos trabajan con otros investigadores en delincuencia organizada en distintas causas como el blanqueo de dinero, la evasión fiscal, el soborno y el juego ilícito. Dentro de cada GIR, distintos tipos de investigadores trabajan conjuntamente en el análisis de cuentas bancarias y estatutos sociales, localizan activos (especialmente automóviles y bienes inmuebles) y decomisan los activos ilícitos. Otros Estados, por ejemplo los Estados Unidos de América y muchos otros, colaboran con éxito en la lucha contra la delincuencia organizada.

Recuadro 2. Causa Speed Joyeros

La causa Speed Joyeros, considerada un modelo de cooperación bilateral internacional entre los Estados Unidos y Panamá, dio lugar al decomiso de activos de una empresa panameña y al enjuiciamiento de los responsables en tribunales de los Estados Unidos. El resultado final de la causa fue que los Estados Unidos y Panamá utilizaron los 52 millones de dólares recaudados en la subasta de los activos decomisados a la empresa panameña Speed Joyeros S.A. para establecer una comisión bilateral de lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de dinero.

Inicialmente se decomisaron oro, plata y otras joyas a resultas de una investigación de blanqueo de dinero en la que se determinó que dos empresas de la Zona Libre de Colón en Panamá estaban blanqueando el producto del tráfico de drogas hacia los Estados Unidos. En el curso de la investigación se decomisaron más de dos millones de dólares en la forma de cheques certificados. Se habían expedido cuatro cheques por un total de más de 860.000 dólares a nombre de una empresa con sede en Panamá, Speed Joyeros S.A. En Panamá se localizaron numerosos bienes relacionados con las drogas, que más tarde fueron decomisados por las autoridades panameñas con arreglo a una orden de decomiso expedida por el Distrito Oriental de Nueva York, que era parte en esas causas.

La investigación dio lugar al primer procesamiento en los Estados Unidos de una empresa extranjera dedicada al cambio ilícito de pesos en el mercado negro, una operación de blanqueo de dinero en que los beneficios obtenidos en los Estados Unidos por el tráfico de drogas se cambiaban por pesos colombianos, que luego se utilizaban para comprar mercaderías en la Zona Libre de Colón. En el curso de la investigación, se determinó que

Yardena Hebroni y Eliahu Mizrani eran los principales responsables del blanqueo de dinero en Panamá. Utilizaban a la empresa de joyería mayorista Speed Joyeros S.A. y a la empresa conexas Vivo Argentó S.A. para facilitar sus actividades. Hebroni y sus empresas participaban en una asociación ilícita de blanqueo de dinero que incluía la coordinación y recepción del producto de la droga desde los Estados Unidos mediante la recogida de efectivo, transferencias electrónicas, cheques certificados y cheques certificados de terceros. Concretamente, Hebroni y Mizrani crearon y administraban Speed Joyeros S.A. y Argentó Vivo S.A., cuyas operaciones comerciales ascendían a más de 100 millones de dólares por año, a sabiendas de que sus principales clientes, con sede en Colombia, estaban blanqueando millones de dólares en dinero proveniente del tráfico de drogas hacia los Estados Unidos mediante la compra de joyas a granel.

B. Examen de las capacidades de otro Estado

15. Para los Estados que desean cooperar con otro en el decomiso de activos es útil contar con una biblioteca local con información sobre la adhesión del otro país a las convenciones, incluida la Convención contra la Delincuencia Organizada. Es necesario determinar si el otro país cumple eficazmente las obligaciones que le incumben respecto del blanqueo de dinero y el decomiso, si cuenta con un sistema de contabilidad eficaz, leyes bancarias, obligaciones de debida diligencia respecto al cliente, una unidad de inteligencia financiera, experiencia en la investigación de la delincuencia organizada y experiencia en enjuiciamiento, así como si las denuncias que se formulan son exactas o son simplemente afirmaciones de la prensa. Todas estas son preocupaciones válidas. También es importante determinar si se puede obtener rápidamente información actualizada, lo que es posible mediante el acceso a Internet.

16. El examen de la capacidad del otro Estado debe comenzar con el acceso a su legislación. Los recursos basados en Internet que ofrecen la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y otras organizaciones internacionales son un buen punto de partida. La red internacional de información sobre blanqueo de dinero es una red de la UNODC basada en Internet que presta asistencia a gobiernos, organizaciones y particulares en la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. La red se creó con la cooperación de las principales organizaciones mundiales de lucha contra el blanqueo de dinero. En el sitio web de la red se puede consultar una base de datos sobre legislación y reglamentos de todo el mundo (www.imolin.org). La UNODC también cuenta con una biblioteca basada en Internet que incluye la legislación nacional de la mayor parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas que aplican los convenios internacionales de las Naciones Unidas sobre control de estupefacientes, la Convención contra la Delincuencia Organizada, la Convención contra la Corrupción y las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo. Otro recurso de la UNODC es la guía de autoridades nacionales competentes, que se actualiza periódicamente y aporta los detalles para establecer contacto con las autoridades responsables de distintas formas de cooperación internacional en asuntos penales. La UNODC también ha elaborado un programa informático para ayudar a redactar las solicitudes de asistencia judicial recíproca. En la publicación paralela a la presente, el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, también se aportan directrices útiles para los especialistas.

17. Otro recurso valioso con información que se puede utilizar en los casos en que un Estado necesite realizar algún aspecto de una investigación fuera de su propia jurisdicción son los informes

de evaluación mutua del Grupo de Acción Financiera (GAFI) que, mediante sus cuarenta recomendaciones, ha establecido normas internacionales bien reconocidas y aceptadas. El sitio web del Grupo (www.fatf-gafi.org) permite el acceso directo e indirecto a los informes de evaluación mutua de más de 155 países. Estos informes incluyen a los 36 miembros del GAFI²¹. Los países que no son miembros del Grupo con frecuencia son miembros de organismos regionales de ese mismo tipo, y todos ellos participan en evaluaciones mutuas de la adhesión a las cuarenta recomendaciones, que figuran en el sitio web y están vinculadas a través de este. Todos los informes adoptan una metodología de evaluación similar y aportan una crítica actualizada, realizada por otros países, de la manera en que los Estados cumplen lo establecido en la Convención contra la Delincuencia Organizada y su compromiso de luchar contra el blanqueo de dinero. Los informes de evaluación mutua son la mejor prueba de que los Estados poco a poco están logrando un nivel de organización tan sofisticado como el de las organizaciones delictivas. Los informes no son un sustituto de la evaluación mutua y la cooperación internacional, pero dan a los Estados seguridades de que sus solicitudes no serán ignoradas.

18. Otros recursos que hay que tener en cuenta son las redes de contactos entre organismos encargados del cumplimiento de la ley, de las cuales la más conocida es la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), y otras redes de contactos regionales. También se puede tener acceso a una gran variedad de redes especializadas. No hay una sola red que sea la correcta: es importante que los investigadores establezcan contactos con sus pares. La cada vez mayor preocupación que causa el blanqueo de dinero ha llevado a la correspondiente evolución de los foros internacionales dedicados a alentar la cooperación en las investigaciones. La red interinstitucional de recuperación de activos de Camden, que se describe en el recuadro 3, es un ejemplo de red de contactos oficiosos. La UNODC ha participado en iniciativas similares en otras regiones, como la red interinstitucional de recuperación de activos de África meridional, que reúne a fiscales e investigadores a fin de mejorar la localización y el decomiso del producto del delito, en particular el relacionado con la corrupción.

Recuadro 3. Red interinstitucional de recuperación de activos de Camden

En octubre de 2002, en una conferencia celebrada en Dublín auspiciada por la Oficina de Activos Delictivos de Irlanda y la Oficina Europea de Policía (Europol), se recomendó la creación de una red de contactos y un grupo de cooperación oficiosos en la esfera de la identificación y recuperación de activos delictivos. Se convino en nombrar al grupo Red interinstitucional de recuperación de activos de Camden (los talleres en los que surgió la iniciativa se celebraron originalmente en el hotel Camden Court de Dublín). En septiembre de 2004, la red comenzó su labor mediante la creación de una red de especialistas y expertos con la intención de mejorar los conocimientos mutuos de metodologías y técnicas para la identificación, el embargo, la incautación y el decomiso transfronterizos del producto del delito. Los objetivos declarados de la red son:

²¹ Los informes de evaluación mutua y los informes de seguimiento de los miembros del GAFI se pueden consultar en <http://www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/>. Los organismos regionales del estilo del GAFI, como el Grupo de Asia y el Pacífico sobre blanqueo de dinero, el Grupo intergubernamental de acción contra el blanqueo de dinero en África occidental, el Grupo de Acción Financiera del Caribe o el Grupo contra el blanqueo de dinero en Asia oriental y meridional también realizan evaluaciones recíprocas y publican informes actualizados sobre la manera en que sus miembros aplican las cuarenta recomendaciones, que se publican en los sitios web de esos organismos.

- Establecer una red de puntos de contacto
- Centrar su atención en el producto de todos los delitos, en el marco de las obligaciones internacionales
- Constituirse en un centro de conocimientos especializados en todos los aspectos relacionados con el producto del delito
- Promover el intercambio de información y las mejores prácticas
- Hacer recomendaciones a organismos como la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea en todos los aspectos relacionados con el producto del delito
- Actuar como grupo asesor de otras autoridades competentes
- Facilitar, cuando sea posible, la capacitación en todos los aspectos relacionados con el producto del delito
- Destacar la importancia de la cooperación con el sector privado a fin de lograr sus objetivos
- Alentar a los miembros a que establezcan en sus países oficinas dedicadas a la recuperación de activos

C. Aseguramiento de los activos

19. Mientras se realizan las investigaciones, se deben resguardar el producto o los instrumentos sujetos a decomiso a fin de evitar su disipación, traslado o destrucción. Idealmente, esta actividad se realizaría en un momento que se conformara a las necesidades de la investigación penal en su conjunto, pero muy a menudo ello no es posible. Sin embargo, es necesario establecer algún tipo de coordinación. Las actividades prematuras encaminadas a resguardar los activos pueden dar a conocer el interés en investigar a una persona o a un grupo de delincuencia organizada.

20. En algunas jurisdicciones de derecho continental, la facultad de ordenar el embargo o la incautación de activos sujetos a decomiso se puede otorgar a los fiscales, jueces de instrucción u organismos encargados del cumplimiento de la ley. En otras jurisdicciones de derecho continental se necesita autorización judicial. En las jurisdicciones de *common law*, para expedir una orden de embargo o incautación se necesita en general autorización judicial, con algunas excepciones en los casos de incautación. El embargo y la incautación se examinan en detalle en el capítulo V, *infra*. En todos los sistemas jurídicos puede existir la obligación estricta de notificar a quienes son objeto de investigación, por ejemplo cuando se notifica una orden de registro o de presentación de documentos a un tercero, como una institución financiera. Quizás el tercero esté obligado a informar a su cliente de la existencia de ese tipo de orden, con lo cual dicho cliente quedará advertido de que existe una investigación. Esto debe tenerse en cuenta cuando se adopten medidas para resguardar los activos o se utilicen medidas coercitivas de investigación.

D. Gestión de activos y órdenes de ejecución

21. Se acaba de examinar brevemente la necesidad de reconocer que, respecto del producto del delito o los instrumentos, los equipos de investigadores y los especialistas deben aplicar un criterio basado en los activos. Las autoridades pueden incautarse de los bienes muebles que identifiquen como instrumentos o productos del delito. Con frecuencia, para la incautación se necesita un mandamiento judicial. También es posible que las autoridades identifiquen y tomen como meta objetos que no se pueden trasladar, como dinero depositado en instituciones financieras o tierras. En todos los casos en que los activos buscados se encuentren fuera de la jurisdicción del Estado, se debe considerar la posibilidad de valerse de los procesos de asistencia judicial recíproca y, si procede, emplearlos.

22. Cuando un tribunal ordena el embargo, la incautación o el decomiso de activos, se deben adoptar medidas para ejecutar ese mandamiento, utilizándose una solicitud de asistencia judicial recíproca para los activos localizados en una jurisdicción extranjera. En todos los casos, las autoridades deben considerar la manera en que los activos se habrán de administrar desde el momento de la incautación o el embargo y después de la expedición de la orden de decomiso. Los bienes no se gestionan por sí solos.

23. Las autoridades quizás determinen que el propietario seguirá manteniendo el control. Los términos y condiciones del mandamiento judicial pueden garantizar que el propietario siga administrando los bienes a su propia costa. Sin embargo, si hubiera una preocupación real sobre la posibilidad de que se disipen los activos, ya que probablemente el propietario de los bienes mal habidos sea probablemente un delincuente o una organización delictiva, quizás las autoridades deban hacerse cargo de la gestión.

24. Del mismo modo, se puede presentar una solicitud de asistencia judicial recíproca, que será ejecutada por las autoridades de la jurisdicción extranjera, ya sea registrando y ejecutando directamente el mandamiento de la jurisdicción solicitante en un tribunal interno (ejecución directa), o bien mediante la expedición de un mandamiento interno sobre la base de los hechos o el mandamiento aportado por la jurisdicción solicitante (ejecución indirecta). En este último caso, se deberá utilizar el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición* para facilitar la solicitud. También es importante comprender que en los casos de asistencia judicial recíproca, los bienes, especialmente los inmuebles, permanecen en el Estado solicitado, y se deberán evaluar los costos de su gestión.

25. Por último, una vez expedida la orden de decomiso o una sanción basada en el valor de los activos, será necesario ejecutar esas órdenes. Se debe considerar si se permitirá al delincuente cumplir una condena en lugar de pagar una multa o pagar la sanción basada en el valor. Por otra parte, si se expide una orden de decomiso de bienes sustitutivos, será necesario ejecutar dicha orden. El costo de la ejecución de esas órdenes y el costo de la gestión de los activos necesario para preservar los bienes incautados son generalmente considerados por los investigadores penales. Esas cuestiones no se deben delegar en una autoridad. Todo ello se examina en el capítulo VI.

E. Solicitud de decomiso

26. El artículo 12, párrafo 1, de la Convención contra la Delincuencia Organizada establece lo siguiente:

“1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención”.

27. Para el decomiso de los instrumentos o el producto del delito se aplican en el mundo distintos procedimientos. Los tipos de proceso más utilizados para el decomiso de bienes son el decomiso administrativo, el decomiso de bienes y el decomiso basado en el valor.

Decomiso administrativo. Es un procedimiento a menudo vinculado a la legislación aduanera y a las incautaciones aduaneras. Con frecuencia es una opción que se puede aplicar para la incautación de grandes cantidades de dinero en efectivo en la frontera, pero que también es viable cuando lo justifica la naturaleza del objeto incautado (por ejemplo, explosivos o contrabando). Las normas o las políticas quizás exijan notificar al propietario o a la persona que tenga un interés en los bienes incautados. Posteriormente, esas partes tendrán oportunidad de impugnar el decomiso mediante un proceso administrativo o judicial.

Decomiso de bienes. Se refiere específicamente a bienes mal habidos. La Convención define el “producto de los delitos” y la legislación nacional pone en práctica el artículo 12, párrafo 1 a), al referirse concretamente al decomiso de esos bienes. Sin embargo, en ese mismo apartado se habla de “bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”, lo que respalda la aplicación al decomiso de un criterio basado en el valor de los bienes. Ese tipo de decomiso se puede lograr en el proceso penal mediante una multa en lugar del decomiso, o mediante una solicitud separada.

Decomiso basado en el valor. Este criterio permite presentar ante los tribunales una solicitud fundamentada en los criterios de prueba de los procesos civiles, que a menudo son menos estrictos que los necesarios para obtener una condena penal. El tribunal determina el valor del beneficio obtenido de resultas del delito y pronuncia una decisión que permite al Estado ejecutar el mandamiento contra esa persona.

28. Por último, se pueden dar otras variantes, como el proceso de bienes sustitutivos, a fin de abordar la hipótesis de que los bienes mal habidos no puedan ser decomisados. Se trata de una respuesta ante una hipótesis bien real, cuando no se puede disponer de los bienes objeto de decomiso, por ejemplo cuando están localizados fuera de la jurisdicción o se han disipado por completo.

1. *Decomiso administrativo*

29. El decomiso administrativo entraña en general un mecanismo sumario para decomisar los bienes utilizados en la comisión del delito o que han participado en este, y que han sido incautados en el curso de la investigación. Se lo observa más a menudo en la esfera de las actividades aduaneras en las fronteras, pero también en ocasiones en la ejecución de leyes sobre estupefacientes, cuando la posesión del bien incautado es lo que constituye el delito. Este proceso es eficaz cuando el bien incautado se puede trasladar y queda bajo el control del Estado. Es menos viable cuando se trata de una cuenta bancaria o algún tipo similar de bien que no se puede trasladar.

30. El decomiso está a cargo de un investigador o del organismo autorizado (como la unidad de policía o el organismo designado de cumplimiento de la ley) y a menudo está acompañado de un proceso por el cual la persona afectada por el decomiso puede solicitar que no se aplique el decomiso automático de los bienes incautados. El decomiso se produce después de que se ha notificado el riesgo de decomiso al propietario o a la persona que tiene la posesión física de los bienes y que se haya expedido una notificación pública del posible decomiso.

31. La ventaja del decomiso administrativo es la rapidez del procedimiento y el hecho de que reduce al mínimo los costos relativos a la preservación de los bienes para posteriores solicitudes de decomiso. Además, el decomiso administrativo se puede utilizar en los casos en que el dueño legítimo o la persona en posesión de los bienes los abandona antes de la incautación. Sin embargo, es necesario contar con mecanismos que eliminen el riesgo de que los investigadores abusen de este criterio.

2. *Decomiso de bienes*

32. El decomiso penal es un criterio que se aplica comúnmente al decomiso de bienes. Los especialistas deben reunir pruebas, localizar y asegurar los activos, procesar a los particulares o personas jurídicas y lograr que se los condene. Una vez lograda la condena, el tribunal puede ordenar el decomiso. El estándar de prueba necesario —normalmente una prueba más allá de toda duda razonable— para lograr el decomiso penal en las jurisdicciones que aplican ese criterio quizás sea el mismo que el necesario para lograr la condena o bien, si la ley acepta que se ha llegado al nivel de prueba necesario para dictar una condena penal, tal vez se permita un criterio menos riguroso, como la prueba basada en el equilibrio de probabilidades. En otras jurisdicciones se exige el mismo nivel de prueba tanto para la condena como para el decomiso

33. El artículo 12, párrafos 2 a 4, de la Convención contra la Delincuencia Organizada establece lo siguiente:

“2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

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

34. En general, a menos que se apliquen disposiciones relativas al decomiso de bienes sustitutivos, la legislación sobre decomiso se refiere al decomiso del producto y los instrumentos que se pueden conectar directa o indirectamente al delito.

35. En algunas jurisdicciones, la orden de decomiso se aplica a los bienes de propiedad del delincuente que no están ubicados físicamente dentro de la jurisdicción del tribunal. El tribunal puede tomar la decisión de decomisar bienes dondequiera que se encuentren. En esa hipótesis, la cuestión que se plantea después del decomiso es cómo ejecutar esa orden. Si el Estado en donde se encuentran los bienes ha promulgado legislación eficaz de asistencia judicial mutua, la cuestión se puede

resolver con sencillez. El Estado solicitante debe obtener una orden de decomiso a nivel local y transmitirla, por conducto de las vías establecidas de asistencia judicial, a fin de que se la ejecute en la otra jurisdicción.

36. Si los bienes se encuentran fuera de la jurisdicción del tribunal y por esa razón no se puede expedir una orden de decomiso, en algunos Estados es posible ordenar la confiscación de bienes sustitutivos. En ese caso, la orden, una vez expedida, se debe ejecutar contra bienes no contaminados del delincuente. Esos bienes quizás estén dentro de la jurisdicción del tribunal, o quizás la persona esté obligada a repatriar los bienes a los fines de la ejecución a nivel local. Quizás esta última opción sea difícil, según lo que establezca la legislación de la jurisdicción en donde se encuentren los bienes.

3. *Decomiso basado en el valor*

37. En algunas jurisdicciones se ha decidido utilizar el criterio basado en el valor. Es un sistema por el cual se ordena al condenado pagar una suma de dinero equivalente al valor de los beneficios que haya obtenido con su actividad delictiva. El tribunal, la autoridad competente o el jurado calculan el beneficio obtenido por el delincuente por cada delito en particular. Este criterio permite determinar el valor del producto y los instrumentos del delito y de los activos por un valor equivalente que se pueden confiscar. En otras jurisdicciones se ha adoptado un enfoque independiente del decomiso que no está basado en una condena. El 15 de febrero de 2012, se aprobó la recomendación 4 de las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera, con lo cual se modificó ligeramente la anterior recomendación 3 y se resume sucintamente el criterio que se aplica cuando no hay condena. Su texto es el siguiente:

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal (decomiso sin condena) o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de su legislación nacional.

38. Este criterio se puede aplicar utilizando disposiciones y presunciones que permitan determinar el valor del producto del delito después de la condena. Esas disposiciones se pueden aplicar dentro del proceso de decomiso penal. Sin embargo, otro criterio es separar por completo la cuestión del decomiso del proceso judicial penal. Ese proceso se conoce como “decomiso sin condena penal”.

39. El decomiso sin condena penal permite recuperar el producto y los instrumentos del delito. Sin embargo, la jurisdicción que expida una orden de ese tipo quizás se vea limitada por la jurisdicción territorial del tribunal. Además, no queda claro si el decomiso sin condena puede considerarse proceso penal a los fines de la asistencia judicial mutua en asuntos penales. El 15 de febrero de 2012, el Grupo de Acción Financiera actualizó sus cuarenta recomendaciones a fin de incluir en su recomendación 38 una ampliación del alcance de la ejecución de las órdenes extranjeras de decomiso. El texto de la recomendación 38 es el siguiente:

Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados o destinados para ser usados en la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe incluir ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas

provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de derecho interno. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados.

40. Quizás se considere difícil obtener una orden de decomiso de un tribunal penal, a diferencia de un tribunal civil, en razón del estándar más alto de prueba que se exige para una condena o un decomiso penal. Aun si el estándar de prueba necesario para lograr el decomiso es más reducido después de la condena penal, sigue causando preocupación que el proceso penal en sí mismo sea demasiado oneroso. Ello se debe a que es necesario celebrar el proceso penal y lograr la condena antes de finalmente tramitar el proceso de decomiso. Por el contrario, en el decomiso sin condena a menudo se aplica la expectativa de prueba de los tribunales civiles que, según la jurisdicción, se puede basar en el criterio del equilibrio de probabilidades.

41. Lo que es importante aquí es que, para solicitar un decomiso sin condena, no es necesario que se hayan instaurado cargos penales ni que se haya obtenido una condena penal. Este procedimiento permite solicitar el decomiso en los casos en que el delincuente no está a disposición de la justicia por distintas razones, por ejemplo, por haber fallecido, por estar prófugo o por haber reclamado inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, quizás la solicitud dé como resultado una orden que no se puede ejecutar con arreglo a las disposiciones de asistencia judicial recíproca. Si este fuera el caso, la eficacia de este criterio se vería limitada cuando los delincuentes se aprovechan de las fronteras nacionales para frustrar a las autoridades judiciales y encargadas del cumplimiento de la ley.

F. Cooperación internacional

42. La cooperación internacional es esencial para recuperar con éxito bienes que se hayan trasladado u ocultado en jurisdicciones extranjeras. La cooperación es necesaria para la reunión de pruebas, la ejecución de medidas provisionales y, por último, para el decomiso del producto y los instrumentos de la delincuencia organizada. El tema de la cooperación internacional se examina a fondo en el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, publicado con miras a ayudar en la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Es importante reconocer que el artículo 18, párrafo 1, de la Convención se ideó para responder a la amenaza que plantea la delincuencia internacional mediante el establecimiento de una autoridad nacional central, según se examina en el capítulo 4, párrafos 68 a 72, del *Manual*. La necesidad de valerse de contactos entre pares se examinó en la sección B *supra*. Es igualmente importante que el Estado reconozca y utilice los conocimientos desarrollados por su propia autoridad central. Los contactos entre pares tienen un alcance limitado y las autoridades centrales son esenciales cuando se deben adoptar medidas coercitivas, como las de inspección, presentación y embargo o decomiso. La autoridad central del Estado debe albergar toda la información relativa a la celebración de todo tipo de cooperación jurídica internacional con otro Estado. En consecuencia, a los fines de la asistencia judicial recíproca, es esencial celebrar conversaciones tempranas y periódicas con la autoridad nacional central.

43. En el caso de las investigaciones y el decomiso relativos a activos, una cuestión fundamental que debe tenerse presente es que en las solicitudes de incautación o embargo de bienes en otro país se debe incluir una consideración específica del ordenamiento jurídico del Estado requerido. Los activos que se incautan o embargan con arreglo a la solicitud no se trasladan mágicamente al

Estado requerido. Igualmente, esos activos no se gestionan por sí solos. Esos activos deben gestionarse hasta que queden finalmente decomisados con arreglo al derecho interno del Estado requerido. La cuestión del costo de la solicitud de ejecución se examina en el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, pero el costo de la gestión de los bienes también puede ser importante. En consecuencia, se debe prestar atención a la planificación previa a la solicitud y al examen de ese tipo de costos.

44. Los expertos en recuperación de activos de los países solicitante y requerido deben celebrar consultas de manera que se adecuen a lo establecido por cada autoridad central competente, a fin de coordinar sin tropiezos las expectativas de cada jurisdicción. No conviene que el Estado solicitante expida una orden o tenga expectativas de que los activos (ya sea dinero o depósitos en una institución financiera extranjera u objetos como automóviles o bienes inmuebles) se entreguen de inmediato al tribunal del Estado solicitante para su control y decomiso, si ello no está previsto en la legislación interna del Estado requerido.

45. El ejemplo que figura en el recuadro 4 se centra en el soborno de funcionarios públicos extranjeros por parte de la empresa Siemens. Es un caso de cooperación internacional exitosa que dio lugar a la imposición de una multa de 450 millones de dólares.

Recuadro 4. Estados Unidos de América c. Siemens

En noviembre de 2006, el Ministerio Público de Munich realizó inspecciones en distintas oficinas y en los domicilios de empleados de Siemens en la ciudad de Munich (Alemania) y sus alrededores, como parte de una investigación sobre el posible soborno de funcionarios públicos extranjeros y la falsificación de libros y registros de la empresa. El alcance de la investigación interna realizada por Siemens no tuvo precedentes e incluyó prácticamente todos los aspectos de sus operaciones en todo el mundo, incluidos componentes de la sede, subsidiarias y empresas regionales.

La investigación interna reveló que Siemens había cometido actos de soborno a lo largo de varias décadas en muchos grupos operativos y regiones geográficas. Igualmente, e incluso tal vez más importante, las investigaciones internas revelaron que los niveles más altos de sus directivos no habían aplicado los controles internos o bien los habían eludido.

Las investigaciones internas y del Ministerio Público también revelaron pruebas de pagos corruptos e indebidamente registrados con una fuerte conexión con los Estados Unidos realizados por dos subsidiarias de Siemens: Siemens Bangladesh y Siemens Venezuela (República Bolivariana de), así como pruebas de pagos indebidamente registrados respecto de otra subsidiaria, Siemens Argentina.

Desde aproximadamente el 12 de marzo de 2001 hasta aproximadamente 2007, Siemens hizo pagos por un total de 1.360.000.000 de dólares aproximadamente, aplicando distintos mecanismos. De esa suma, unos 805.500.000 dólares fueron utilizados en su totalidad o en parte como sobornos a funcionarios extranjeros para obtener información.

Los sobornos se registraban como pagos a consultores, que posteriormente estos pasaban a los funcionarios públicos. Siemens y sus subsidiarias en la Argentina, Bangladesh y Venezuela se declararon culpables de cargos de asociación ilícita y violación de libros y registros, así como de disposiciones de control interno en una calificación conformada que dio lugar a una multa de 450 millones de dólares.

La causa y la calificación conformada se pueden consultar en www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-12-08siemensvenez-sent.pdf.

G. Alternativas al decomiso

46. Existen alternativas al decomiso de bienes. Una opción es una multa penal sustitutiva, con encarcelamiento en caso de incumplimiento de pago. Además, se puede considerar el aprovechamiento de la legislación impositiva del Estado y la imposición de evaluaciones fiscales. Lo que tienen en común estas dos alternativas es que toda multa o evaluación fiscal será eficaz en la medida en que el Estado tenga autoridad para ejecutar la multa o la evaluación. Si el delincuente puede declararse insolvente o posteriormente abandona la jurisdicción, como mucho, la posibilidad de lograr que se pague la multa o la evaluación será remota.

IV. Planificación de la investigación

A. Sinopsis

47. En el prefacio al volumen publicado de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, el Secretario General Kofi Annan dijo que la Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial y que fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia. Esta observación constituye un llamamiento para que los Estados se organicen.

48. Los artículos 19 y 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada señalan que los organismos de investigación del Estado deben organizarse adecuadamente para responder a los problemas que plantea la delincuencia organizada. Es importante reiterar que la delincuencia organizada se puede valer de la tecnología moderna para facilitar la comisión de delitos. Muy a menudo los organismos encargados del cumplimiento de la ley centran su atención en un delito concreto o en delincuentes concretos, cuando en realidad son quizás muchos los delincuentes que trabajan de consuno y se valen de sus conocimientos combinados para cometer muchos delitos. Si solamente se presta atención a los delitos individuales, se corre el riesgo de perder de vista el alcance de la organización delictiva.

49. Los funcionarios deben apreciar el hecho de que la organización delictiva opera en muchos niveles, de manera muy similar a los organismos encargados del cumplimiento de la ley. Si se presta especial atención a los subordinados, ignorándose la jerarquía de la organización delictiva, nunca se tendrá un verdadero efecto sobre el problema que crea la delincuencia organizada. Sin embargo, concentrarse en los dirigentes de la organización sin considerar la generación de beneficios subyacente a la existencia del grupo delictivo organizado puede hacer que otros delincuentes rápidamente ocupen el vacío que dejan los cabecillas condenados. Los organismos encargados del cumplimiento de la ley deben estar tan organizados como los grupos que investigan. También deben mirar más allá de los delitos concretos y analizar los instrumentos y el producto de los delitos.

B. Estructura de la investigación

50. La estructura de los organismos encargados del cumplimiento de la ley no debe convertirse en un obstáculo para una investigación eficaz. Un problema puede ser que la capacidad financiera del Estado sea tal que resulte difícil o imposible justificar la creación de unidades de investigación especializadas. Con arreglo a lo establecido en el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados deben considerar medidas en apoyo de las investigaciones conjuntas.

51. En los últimos 20 años, los Estados han hecho importantes inversiones de recursos de las obligaciones que les incumben respecto del blanqueo de dinero. Esas obligaciones están reconocidas específicamente en los tratados, pero más a menudo se basan en las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera. En consecuencia, a fin de luchar contra el blanqueo de dinero, varios de los principales sectores financieros y no financieros de un país deben cumplir nuevas obligaciones respecto del registro de libros y las obligaciones de diligencia debida en relación con sus clientes. Además, se han establecido unidades de inteligencia financiera a fin de recibir y analizar presuntas actividades de blanqueo de dinero e informar al respecto. Por último, en las convenciones internacionales se han abordado las cuestiones del secreto bancario y de la cooperación internacional por conducto de la asistencia judicial mutua. Muchos de esos instrumentos son relativamente nuevos y no pueden reemplazar a los investigadores experimentados.

52. Idealmente, debería haber una conexión sin tropiezos entre las obligaciones relativas al blanqueo de dinero que se imponen a esos sectores y las unidades de inteligencia financiera y las encargadas del cumplimiento de la ley. Sin embargo, la realidad comercial, las relaciones contractuales, las obligaciones relativas a la privacidad personal y otros impedimentos hacen que la situación no sea ideal. En algunos países las unidades de inteligencia financiera dependen de los organismos encargados del cumplimiento de la ley. En otros se ha preferido establecerlas como unidades independientes. Cualquiera que sea el criterio aplicado, la inteligencia financiera es uno de los elementos clave para realizar investigaciones eficaces y decomisar el producto del delito.

53. Los expedientes de los organismos encargados del cumplimiento de la ley incorporan distintos tipos de información de inteligencia reunida en causas no relacionadas entre sí. Además, quizás la legislación nacional permita el uso de escuchas electrónicas, mandamientos de inspección, incautación de pruebas e informantes. Si esas leyes contienen restricciones respecto del uso posterior de la inteligencia o las pruebas en otras causas, será necesario abordar la capacidad de investigar a los grupos de delincuencia organizada. Además, quizás se hayan promulgado leyes que protejan la información personal que se encuentra en poder del sector comercial, los bancos y otras instituciones. Todo ello está plenamente justificado pero, lamentablemente, quizás esas leyes tengan consecuencias en las investigaciones que se realicen de la delincuencia organizada. Los organismos encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales deben trabajar de manera acorde a la legislación nacional y valerse de esas leyes, siempre que sea posible, para que progresen las investigaciones respecto de la delincuencia organizada. En la Unión Europea, una decisión marco del Consejo sobre las investigaciones conjuntas²² ilustra el importante desarrollo que ha tenido este tipo de criterio.

C. Obstáculos a la investigación

54. La experiencia de los últimos 15 años con Internet ha causado preocupación acerca de la protección de la información personal. Se ha previsto la protección de los datos y se han establecido controles sobre la revelación de información personal²³. Además, las leyes tributarias con frecuencia se basan en la obligación de cada persona de presentar su propia información, que además incluyen enérgicas disposiciones sobre la no revelación de información personal. El efecto acumulativo de

²²Decisión Marco del Consejo de Europa 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación.

²³La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, es una directiva de la Unión Europea sobre la protección de datos que ejemplifica este tipo de desarrollo. La Ley de Protección de Datos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 1998, o la Ley de protección de la información personal y los documentos electrónicos del Canadá también son respuestas ilustrativas respecto de esta cuestión.

las disposiciones sobre la no revelación de información o sobre la revelación únicamente con el consentimiento del interesado, si bien cumple una función valiosa para la protección de los datos, puede tener efectos inesperados en las investigaciones penales, entre ellos los siguientes:

- La víctima de un delito cometido por una organización delictiva puede aportar el primer eslabón de las pruebas, pero si la denuncia o las pruebas están restringidas a la investigación de un delito en particular, quizá se pierdan o queden desubicadas en el contexto de una investigación más amplia sobre la delincuencia organizada.
- La protección de los datos relativos a la información personal quizás restrinja la cooperación normal y voluntaria del sector privado con los organismos encargados del cumplimiento de la ley.
- Las obligaciones sobre secreto profesional, como los que se imponen a abogados y otros profesionales, quizás obstaculicen las investigaciones.
- El traslado de la información y los datos a jurisdicciones extranjeras, o su ubicación en esos lugares, hará necesario recurrir a los procedimientos de asistencia judicial recíproca, que quizás obstaculicen las investigaciones.

55. Ninguno de los inconvenientes mencionados anteriormente constituye una barrera infranqueable para la realización de una investigación penal, especialmente relativa a los activos. Además, los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley deben trabajar dentro de los límites establecidos por esta y gestionar con eficacia sus expedientes a fin de no perder de vista las distintas piezas del rompecabezas. Un ejemplo de cooperación temprana entre jurisdicciones, en este caso, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y España, llevó a la obtención de pruebas vitales para la localización de activos para su posterior decomiso en la causa de la operación Ghast, que se describe a continuación.

Recuadro 5. Operación Ghast

En la operación Ghast, uno de los principales acusados había sido condenado en el Reino Unido por fraude al tesoro público por un total de 17 millones de libras esterlinas. En ese país se habían expedido órdenes de embargo, que también se habían registrado en España. A fin de determinar la cuantía de los activos en España y en otras partes, con arreglo a la Ley del producto del delito del Reino Unido, de 2002, y a la legislación equivalente de España en virtud del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990, las órdenes se ejecutaron simultáneamente en ambas jurisdicciones, a fin de impedir la destrucción de información antes de que las autoridades pudieran realizar el decomiso. Ello fue posible porque el fiscal encargado de la causa había establecido contactos con el magistrado competente en España a fin de determinar los requisitos exigidos por la legislación interna de España para redactar la solicitud. Del mismo modo, los oficiales encargados del cumplimiento de la ley habían establecido contacto con sus contrapartes a fin de asesorarse sobre la naturaleza de la causa y el tipo de material que esperaban encontrar. Gracias a los contactos establecidos, y teniendo en cuenta las limitaciones de tiempo para la ejecución de las órdenes, las autoridades de España convinieron en que los funcionarios del Reino Unido podrían asistir a la

ejecución de la orden en la villa en España. Fue la primera vez que España ejecutó una orden de inspección e incautación en virtud de una investigación realizada en el Reino Unido, según se define en el artículo 352 de la Ley del producto del delito del Reino Unido, de 2002.

56. Los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales deben actuar con cautela al abordar los problemas creados por sus propios sistemas. La denuncia realizada por una víctima a un organismo regulador, de lucha contra la corrupción o de inteligencia financiera quizás nunca salga de ese organismo ni llegue a la atención de quienes investigan y enjuician la delincuencia organizada. Se trata de un problema sistémico que debe resolverse mediante mecanismos internos que tengan en cuenta lo establecido por la legislación interna respecto del mantenimiento de la información y la manera en que se la comparte tanto a nivel nacional como internacional, especialmente en lo relativo a la información confidencial. En la mayoría de las legislaciones esto se resuelve con cláusulas de excepción que permiten a los organismos encargados del cumplimiento de la ley compartir información con sus homólogos, si así lo exige la investigación penal.

57. Los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales pueden valerse de otras fuentes importantes de información. Las unidades de inteligencia financiera del Estado, establecidas para recibir, compilar, analizar datos de posibles casos de blanqueo de dinero e informar al respecto²⁴ pueden informar de transacciones sospechosas de las que hayan tenido conocimiento por conducto de distintos sectores obligados a informar de ese tipo de casos. Mediante una red de unidades de inteligencia financiera establecida en el marco del Grupo Egmont y otras redes, esos mismos organismos también reciben informes sobre transacciones sospechosas que quizás estén relacionadas con otro país. Los enjuiciamientos penales y las pruebas presentadas en otras causas pueden constituir otra fuente de inteligencia e información para los investigadores. Los informes de la prensa sobre el enjuiciamiento, posiblemente en otro Estado, tal vez puedan revelar conexiones inesperadas respecto de quienes son objeto de investigación. Por último, la autoridad central del Estado quizás reciba solicitudes de asistencia que justifiquen una investigación interna independiente o conjunta. Lo que se debe destacar es que el Estado debe estar dispuesto a actuar sobre la base de ese tipo de información, cualquiera que sea su fuente.

58. Los ejemplos mencionados no se excluyen ni individual ni acumulativamente. También deben tenerse presentes otros ejemplos, como el de un auditor comercial que descubre el pago de sobornos (como se vio en el ejemplo de Siemens en el capítulo III), fraude, desfalcos y otras transacciones. Además, la cuestión del secreto profesional puede constituir una barrera, a menos que se establezcan excepciones para ciertos casos. En caso de que se impugnen esas excepciones, lo que comienza como un obstáculo puede transformarse en una barrera insalvable. Los expertos jurídicos del Estado deben estar dispuestos a tratar de superar esos obstáculos en la medida en que sea necesario. Por último, las denuncias privadas recibidas de particulares no se deben minimizar ni ignorar. Para

²⁴Las unidades de inteligencia financiera son un requisito integral e importante de las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera. La recomendación 13 obliga a la creación de ese tipo de unidades. El Grupo Egmont de unidades de inteligencia financiera ofrece más información acerca de lo que cabe esperar de una unidad de inteligencia financiera (véase www.egmontgroup.org); además, resume el propósito de una unidad de inteligencia financiera en los siguientes términos:

“Una unidad de inteligencia financiera es un organismo nacional central encargado de recibir (y, de estar autorizado, de solicitar), analizar y difundir entre las autoridades competentes distintos tipos de información financiera: i) relativa a posibles productos del delito o la posible financiación del terrorismo, o ii) exigida por las leyes o reglamentos nacionales a fin de luchar contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo”.

garantizar que las investigaciones estén bien organizadas se deben aprovechar todas las fuentes de información.

D. Cooperación en la investigación

59. Una de las consideraciones más complejas que se deben tener en cuenta en una investigación es la manera en que los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales pueden trabajar de consuno a fin de progresar en la causa. En muchas jurisdicciones de derecho continental esto no se considera un problema importante, debido a la estrecha relación de trabajo que existe entre los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley y los fiscales o los jueces de instrucción. Sin embargo, incluso con este criterio se pueden producir frustraciones si se da una menor prioridad a la delincuencia organizada que a la necesidad de lograr de inmediato un enjuiciamiento y una condena. En otras jurisdicciones, la práctica tradicional es separar el cumplimiento de la ley de los fiscales. Las organizaciones delictivas no se ven afectadas por este tipo de limitaciones y tienen un interés propio en cooperar a fin de no ser alcanzadas por la ley.

60. Quizás el problema sea que dentro de la jurisdicción del Estado ya existen distintas unidades de investigación especializadas y que cada una de ellas protege celosamente su territorio, lo cual es lamentable, simplemente porque así se alienta una competencia innecesaria. La cuestión adquiere una importancia adicional cuando los organismos investigan a un mismo grupo a raíz de distintos delitos. Un ejemplo podría ser una investigación relacionada con la evasión fiscal mientras que al mismo tiempo se realiza otra investigación sobre la participación en un delito relacionado con la delincuencia organizada o con la corrupción. Si los investigadores no trabajan de consuno ni celebran consultas entre sí se corre el riesgo real de que no se tengan en cuenta o se malinterpreten ciertas pruebas. En Francia esta cuestión se aborda de manera concreta mediante la creación de un archivo central sobre quienes son objeto de investigación policial, con la finalidad de impedir la realización de investigaciones múltiples en relación con una misma persona u organización.

61. Una solución a este problema se sugiere en el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, que se ideó para permitir la realización de investigaciones transnacionales conjuntas, pero el mismo principio se puede aplicar a las investigaciones internas. Con sujeción a lo establecido en la legislación interna, para los organismos de investigación especializados de un país constituye una buena práctica cooperar en investigaciones conjuntas internas. Cada organismo cuenta con expertos que conocen las actividades que normalmente se asignan a cada uno de ellos y que pueden compartir sus conocimientos con sus colaboradores en una investigación conjunta. Además, a los fines de realizar una investigación conjunta también se puede reclutar a otro tipo de expertos, como administradores de bienes o contadores forenses. Por último, si una investigación adquiere una dimensión internacional, se puede recurrir a un grupo de asistencia internacional o realizar una investigación conjunta con las jurisdicciones extranjeras. Lo único que puede disuadir de la aplicación de este criterio son las consideraciones presupuestarias, y es necesario ver más allá de la competencia interinstitucional y compartir los costos, lo que no es un problema insuperable.

E. Investigaciones internacionales

62. Algunas investigaciones van más allá de las fronteras nacionales. En esos casos, los Estados deben considerar la participación con las contrapartes extranjeras en una investigación conjunta, y quizás también reciban de estas solicitudes de asistencia. El artículo 19 de la Convención contra

la Delincuencia Organizada se refiere específicamente a las investigaciones internacionales conjuntas, que se pueden limitar a un grupo delictivo en concreto o referirse a investigaciones más genéricas. Los Estados parte deben velar por que se respete plenamente la soberanía del Estado parte en cuyo territorio se efectúe la investigación.

63. Una investigación internacional conjunta entraña gastos inesperados y obligaciones comunes. La asociación entre los Estados parte quizás sea desigual habida cuenta del diferente tamaño y experiencia de los organismos de investigación de los Estados que cooperan. Asimismo, se debe prever y resolver el caso en que pueda haber una competencia poco saludable y que solo tenga en cuenta el interés individual de cada uno de esos organismos. Otros problemas que se pueden presentar son las diferentes legislaciones, las distintas autoridades de investigación, una desigualdad importante en la capacidad tecnológica y un interés distinto en la investigación. Todos deben aceptar ese tipo de diferencias y resolverlas a fin de poder luchar con eficacia contra la delincuencia organizada.

64. Un Estado parte podría investigar los delitos de fondo mientras que el otro podría concentrarse en localizar el producto del delito, dondequiera que se encuentre. La investigación de una de las partes centrada en el producto del delito podría entrar en conflicto con la realizada por la otra, centrada en los delitos determinantes. Cada una de las partes debe apreciar el interés de la otra y resolver las diferencias. Las dos partes deben trabajar de consuno si su objetivo es tener éxito en la localización de los activos. Con arreglo a lo establecido en la decisión marco 2002/465/JIA de la Unión Europea sobre los equipos de investigación conjunta, que se examinó en párrafos anteriores, Francia se ha valido activamente de las investigaciones conjuntas, según se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro I. Equipos de investigación conjunta de Francia con la participación de otros Estados miembros de la Unión Europea

<i>Estado miembro de la Unión Europea</i>	<i>Número de equipos de investigación conjunta con Francia^a</i>
Alemania	3
Bélgica	17
Bulgaria	1
España	17 ^a
Estonia	1
Finlandia	1
Países Bajos	3 ^a
Reino Unido	2 ^a
República Checa	1
Rumania	2
Suecia	1 ^a
TOTAL	47

^aIncluye equipos de investigación conjunta de más de dos Estados miembros. En el cuadro se incluyen todos los Estados miembros que contribuyeron a las investigaciones conjuntas.

65. Las investigaciones conjuntas tienen tanto beneficios como inconvenientes, según se señala en el cuadro 2 *infra*. También se pueden plantear conflictos con las expectativas posteriores al decomiso relacionadas con los activos, según se examina en el capítulo VII.

Cuadro 2. Obstáculos que se presentan en las investigaciones conjuntas y los beneficios correspondientes

<i>Obstáculos</i>	<i>Beneficios</i>
Diferencias en las legislaciones nacionales respecto de la localización, la incautación y el decomiso de activos	Cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la soberanía territorial
Requisito previo de la doble incriminación	Aceptación de la investigación
Procedimientos contradictorios	Indicación de la razón del blanqueo
Duración de los procedimientos en múltiples jurisdicciones	Fomento de la cooperación judicial
Distinta protección de terceros	Protección de los intereses nacionales
Costo de la gestión de los activos	Distribución de los costos entre las jurisdicciones

66. No se debe interpretar que los obstáculos mencionados en el cuadro 2 se presentaron en relación con las investigaciones conjuntas de Francia que figuran en el cuadro 1. Sin embargo, es necesario considerar esos obstáculos si se quiere lograr que la investigación conjunta sea eficaz. Uno de los problemas más difíciles mencionados en el cuadro 2 es el posible conflicto entre las leyes nacionales respecto de la localización, la incautación y el decomiso de activos. Es posible que en un Estado se aplique un cierto proceso de decomiso, como el criterio basado en el valor, mientras que en otro se aplique el criterio basado en los bienes, para lo cual es necesario que se dicte la condena antes del decomiso. Además, otro podría aplicar el criterio del decomiso sin condena, sin necesidad de interponer cargos penales ni de lograr una condena penal. Este problema se puede agravar si en la investigación conjunta participan varios Estados. Todas las partes deben entender el distinto criterio que las demás aplican al decomiso. No se soluciona nada con sugerir que un criterio es mejor que el otro. Es esencial tener presente que los delincuentes distribuyen sus bienes ilícitos por todo el mundo porque justamente desean aprovechar ese tipo de conflictos en los criterios aplicados al decomiso, y que también la cooperación entre los Estados puede ser un instrumento eficaz, según se observa en el ejemplo que se describe en el recuadro 6. Por esa razón, el artículo 19 de la Convención contra la Delincuencia Organizada reconoce específicamente la necesidad de respetar la soberanía del Estado parte en cuyo territorio se lleva a cabo la investigación conjunta. La mejor respuesta es que los Estados trabajen de consuno en la localización de los activos a fin de que el decomiso tenga éxito.

Recuadro 6. Ejemplo de cooperación entre Estados de América del Sur

Se pueden mencionar ejemplos prácticos de investigación conjunta en América del Sur, en donde, por ser Estados vecinos, la Argentina, el Brasil y el Paraguay han establecido una estrecha relación de investigación y judicial. Esta cooperación ocurre en la “triple frontera”, una región trifronteriza que incluye las ciudades de Puerto Iguazú en la Argentina, Foz de Iguazú en el Brasil y Ciudad del Este en el Paraguay. La región es un importante centro comercial y la circulación de personas y mercaderías es muy alta, lo que crea un entorno típico para el fomento de la delincuencia organizada transnacional. Durante el proceso de investigación, los organismos encargados del cumplimiento de la ley en la Argentina, el

Brasil y el Paraguay cooperan eficazmente para luchar contra los grupos delictivos organizados activos en la región. Los tres países realizan actividades de inteligencia para respaldar la lucha contra la delincuencia organizada y se prestan asistencia judicial internacional en coordinación estrecha con las autoridades centrales.

67. Otra cuestión que debe abordarse son las diferencias de criterio. Siempre es un problema demostrar la relación que existe entre los activos que se investigan y el delito. Ambas partes en una investigación conjunta deberán resolver explícitamente todos los conflictos relativos al criterio aplicable al decomiso mucho antes de enviar la solicitud para realizar actividades de incautación de activos en la jurisdicción de otro Estado. De lo contrario, el único resultado será una demora o la negativa del Estado a actuar en donde se encuentren los bienes.

68. La doble incriminación, una cuestión que corresponde a la asistencia judicial recíproca en asuntos penales, se aborda en el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*, y no en el presente manual. Las autoridades centrales del Estado son las que están en mejores condiciones de asesorar al respecto y de ofrecer soluciones eficaces, como la que se describe en el recuadro 6.

69. Otra cuestión importante que las partes deben debatir es el costo de la gestión de los bienes incautados. Esta cuestión, que se examina con más detalle en el capítulo V, se plantea ahora simplemente para señalar su importancia²⁵. La razón fundamental para quitar a las organizaciones delictivas sus activos es atacar la motivación de los beneficios, que es la razón de las actividades de la organización. Si los activos incautados pasan a ser utilizados por las autoridades locales encargadas del cumplimiento de la ley o si el costo de gestionar los activos para preservarlos hasta que sean decomisados o después de ello resulta importante, la cuestión puede llegar a preocupar al Estado en donde se hallen los bienes.

70. Otro posible obstáculo para las investigaciones conjuntas sobre los activos de la delincuencia organizada son las demoras, la protección de terceros y las expectativas posteriores a la condena, que se examinan en los capítulos VII y VIII. En todas las investigaciones sobre localización y decomiso de bienes, es importante que cada una de las partes comprenda plenamente las expectativas jurídicas y las normas locales de la jurisdicción en donde se descubran los activos. Se deben respetar todos los requisitos formales de la solicitud de asistencia judicial recíproca. Si es necesario realizar la investigación o el enjuiciamiento en otro Estado, las demás partes deben aportar todas las pruebas necesarias que tengan en su poder, y dejar las solicitudes de enjuiciamiento y decomiso en manos del otro Estado.

F. Viabilidad de las investigaciones internacionales

71. A fin de determinar la viabilidad de una investigación internacional conjunta, todo país que considere aplicar ese criterio debe asegurarse de que el otro país tenga la voluntad política e

²⁵Desde 2006, el Canadá ha venido ejecutando una solicitud extranjera de embargo sobre una gran extensión de tierras en nombre de otro Estado. El administrador de los bienes ha pagado la gestión de las tierras sin recibir compensación del Estado requirente. Cabe suponer que el éxito de la orden de decomiso en favor del Estado requirente desembocará en el decomiso de las tierras. Sin embargo, de no producirse el decomiso, habrá que devolver la posesión y el control de las tierras a su propietario. Se producirá una pérdida y la cooperación futura entre los dos Estados se verá comprometida.

institucional de emprender un acuerdo tan difícil de este tipo. Para ello habrá que determinar si la otra jurisdicción realiza investigaciones conjuntas a nivel interno. En conversaciones realizadas oficiosamente cuando se celebran reuniones internacionales o cursos de capacitación internacionales quizás se pueda obtener información útil al respecto. En ese sentido, las redes de policías y las reuniones entre investigadores o autoridades centrales ofrecen una oportunidad de fomentar la cooperación. Internet es otra fuente de información pública muy valiosa.

72. Como se indicó anteriormente, los informes de evaluación mutua del Grupo de Acción Financiera, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otros organismos regionales del estilo del GAFI también contienen información útil. En esos informes se examinan de manera crítica los recursos nacionales asignados al cumplimiento de la ley, al ministerio público, a la autoridad central del Estado encargada de la asistencia judicial recíproca y a la unidad de inteligencia financiera del país. Esa información permite al otro Estado evaluar razonablemente la capacidad de su posible colaborador en una investigación conjunta. Los informes también contienen un análisis de la adecuación de las leyes del país respecto del decomiso en causas de organizaciones delictivas o drogas ilícitas, con la ventaja añadida de que esos informes centran su atención esencialmente en el cumplimiento de la ley y el decomiso. Con frecuencia en los anexos de esos informes también figuran extractos de la legislación nacional pertinente²⁶.

G. Examen de la autoridad de otras jurisdicciones

73. Las partes en una investigación internacional conjunta también deben considerar la autoridad y la capacidad en materia de investigación del otro país. La localización de activos no entraña una simple investigación en los sistemas registrales, los documentos bancarios o las relaciones financieras. En la investigación quizás también sea necesario utilizar técnicas autorizadas de intrusión (escuchas electrónicas, órdenes de presentación, informantes y otras técnicas complejas). Quizás sea necesario abrir una cuenta bancaria o demorar el proceso penal en interés de realizar una investigación más amplia. Todas esas medidas pueden crear problemas en otra jurisdicción.

H. Jurisdicción

74. Cada país debe determinar cuál es la autoridad competente para investigar, enjuiciar y ejecutar solicitudes provenientes de otro país. La Convención contra la Delincuencia Organizada aborda cuestiones de justicia penal. La jurisdicción territorial para los delitos cometidos, según se describe en los artículos 15 y 19, corresponde al control exclusivo del Estado. En algunos casos, si un nacional que se encuentra en otro Estado cooperante ha cometido un delito penal fuera de su propio país, las autoridades del otro Estado pueden imponer su jurisdicción sobre esos delitos. De hecho, pueden verse obligados a iniciar una investigación y enjuiciamiento independientes.

75. Ello puede crear problemas de coordinación temporal con otra investigación internacional. Si ha comenzado la investigación a nivel interno, la legislación local puede exigir que se notifique rápidamente a la persona investigada. Este problema es frecuente en muchas jurisdicciones de derecho continental. Solo se puede resolver mediante consultas y coordinación previas.

²⁶También se puede consultar la legislación en Internet, por ejemplo, a través de la Red internacional de información sobre blanqueo de dinero (www.imolin.org).

I. Vigilancia técnica

76. En el siglo XXI las organizaciones delictivas pueden valerse de recursos como comunicaciones y actividades bancarias a nivel mundial, Internet y el correo electrónico. Pero también es posible utilizar técnicas de vigilancia encubierta para tener acceso a la mayoría de esas capacidades. Sin embargo, en algunas jurisdicciones solo se permite utilizar algunas de esas técnicas con fines de inteligencia. En otras quizás no se hayan promulgado leyes que permitan utilizar técnicas de interceptación, o quizás no cuenten con la capacidad técnica de realizar ese tipo de tareas.

77. Es posible que en el Estado cooperante exista la capacidad de utilizar esas técnicas encubiertas. Las investigaciones conjuntas son un medio obvio de compartir los conocimientos y equipos necesarios para permitir la reunión de pruebas o de inteligencia a las que solo se puede tener acceso mediante el uso de dichas técnicas. Sin embargo, la capacidad de poder valerse de otro Estado dependerá de si ese Estado está facultado para aplicar esas técnicas. Todo esto debe tenerse en cuenta al planificar una investigación internacional conjunta.

J. Técnicas de investigación

78. El uso de informantes, testigos cooperantes, acuerdos entre el encausado y el fiscal y conductas de investigación proactivas (como operaciones encubiertas o entregas vigiladas) quizás sean técnicas normales en una jurisdicción pero pueden resultar un concepto extraño o incluso inaceptable en otra. Es importante que ninguna de las partes presuma que sus técnicas normales se pueden emplear en otra jurisdicción. Esos métodos deben debatirse con los investigadores y sus expertos jurídicos.

K. Prescripción e inmunidad contra el enjuiciamiento

79. En la mayoría de los países se establecen plazos de prescripción específicos para cada delito, lo que quizás tenga consecuencias inesperadas en la capacidad de localizar activos. Por ejemplo, si el fraude cometido por una organización delictiva ya no está sujeto a enjuiciamiento en razón del tiempo transcurrido desde su comisión, ese mismo lapso tal vez frustre la solicitud de decomiso contra los activos adquiridos ilícitamente. Una posible solución es identificar un delito que no esté sujeto a ese plazo de prescripción, como el blanqueo de dinero o la posesión del producto del delito. Otra alternativa sería tipificar el acto de trasladar y ocultar fondos a fin de adquirir los activos. Hay una gran variedad de argumentos que el Estado en que están localizados los activos puede aducir al respecto. Se trata de una cuestión que deben debatir los investigadores del Estado y sus expertos jurídicos.

80. En una investigación sobre la delincuencia organizada quizás se pueda aplicar el concepto de inmunidad contra el enjuiciamiento a raíz de la cooperación que hayan prestado los participantes secundarios respecto de las actividades de los cabecillas, cooperación que se puede lograr mediante calificaciones conformadas, cuando sea posible, o con promesas de mitigación de la condena o de inmunidad. Esta práctica puede que sea común en algunos Estados, pero tal vez sea contraria a las tradiciones jurídicas y la legislación de otros. Esta cuestión debe examinarse con los investigadores y sus expertos jurídicos.

L. Expectativa en cuanto a los criterios de prueba

81. Tras celebrar consultas con los investigadores, si procede, los expertos jurídicos deben considerar la idoneidad de la prueba presentada en apoyo de las solicitudes de localización o decomiso de activos. La naturaleza de las medidas coercitivas necesarias es una consideración importante para realizar esa determinación. En el caso de una investigación conjunta interna, es razonable presumir que los investigadores y los especialistas conocen cabalmente los requisitos y las pruebas necesarias para respaldar el proceso de localización o decomiso de activos de su propio país.

82. En una investigación internacional conjunta, a menudo no tendrán importancia las diferencias entre los criterios de prueba de los distintos países. Sin embargo, la expectativa jurídica en relación con los bienes, activos o pruebas solicitados depende de la legislación del país en que estos estén ubicados, con arreglo a lo establecido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

83. En una investigación internacional conjunta en que participen dos jurisdicciones de *common law*, puede que entre ambas exista un entendimiento común. Es posible que las dos jurisdicciones cuenten con regímenes de decomiso idénticos y que se pueda aplicar una combinación del decomiso penal o del basado en el valor o del que no necesita condena. En ambas jurisdicciones las autoridades podrán apreciar la distinción entre una solicitud de condena penal con el correspondiente decomiso posterior a la condena, basada en una prueba que va más allá de una duda razonable, y una solicitud de decomiso sin condena, en que resulta suficiente el estándar de prueba basado en el equilibrio de probabilidades.

84. En una jurisdicción de derecho continental, las pruebas necesarias para localizar o decretar medidas provisionales contra los activos pueden ser inferiores o de otra manera diferentes de las que se necesitan en las jurisdicciones de *common law*. Además, el estándar de prueba necesario para obtener una orden de decomiso puede ser el mismo requerido para obtener una condena.

M. Responsabilidad penal de las empresas

85. El concepto de responsabilidad penal de las empresas se establece en algunas convenciones. El artículo 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada prevé la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas, es decir, de las empresas. En todos los informes de evaluación mutua sobre una jurisdicción realizados por el Grupo de Acción Financiera se incluye una evaluación de la manera en que esa jurisdicción aborda la cuestión. Es un tema sumamente debatido entre las jurisdicciones de *common law* y de derecho continental. Este tipo de responsabilidad penal, cuando existe, aporta un método para responder rápidamente en los casos en que el delincuente se ha valido del vehículo societario para resguardar sus activos y posteriormente ha huido de esa jurisdicción o ha fallecido²⁷. El caso de Siemens, descrito en el capítulo III, es un ejemplo de responsabilidad penal de las empresas. Ello no significa que todos los Estados deban poner en práctica este tipo de criterio. Hay varias alternativas, de la misma manera que existen distintas leyes internas en la jurisdicción en donde están ubicados los bienes.

²⁷En el Canadá, uno de los primeros casos de blanqueo de dinero se refería a una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas ilícitas en la parte meridional de los Estados Unidos y que blanqueaba sus beneficios en una empresa en el Canadá, por conducto de una sociedad de cartera. Esa sociedad fue enjuiciada en el Canadá, mientras que los autores principales fueron procesados y condenados en los Estados Unidos. Los activos de la sociedad fueron decomisados como producto del delito y la sociedad fue disuelta después de la condena penal.

N. Prioridades de la investigación y gestión de las causas

86. En toda investigación internacional conjunta relativa a la localización y el decomiso de activos, la cuestión de las prioridades de la investigación tiene una importancia crucial. Ello también se aplica a las investigaciones internas conjuntas, en donde los distintos organismos de investigación que compiten entre sí posiblemente tengan una posición diferente respecto de las prioridades de la causa y la tramitación proactiva de la investigación pública, como inspecciones, arrestos o la expedición de órdenes provisionales contra los activos.

87. Del mismo modo, habrá que adoptar decisiones sobre quién será el principal responsable de la supervisión y la gestión, y el establecimiento de procedimientos racionales para controlar las pruebas y asegurarse de que estén disponibles para los fiscales y el tribunal.

88. Una cuestión distinta de la continuidad de las pruebas y que debe examinarse en las solicitudes de decomiso es la de la gestión de los activos o bienes sujetos a órdenes provisionales hasta que se decrete el decomiso. Esa gestión tiene un costo, según se examina en el capítulo VI.

O. Momento oportuno

89. Toda investigación internacional o interna conjunta podría tener que hacer frente a una decisión prematura por alguno de los asociados de llevar a cabo un procedimiento que dé lugar a la revelación prematura del interés de los investigadores en una determinada organización delictiva. Lamentablemente, es una situación que ocurre con frecuencia. Para evitarla es necesario celebrar consultas previas al respecto.

90. Existe una clara distinción entre medidas de investigación encubiertas y públicas. Es posible que la persona o entidad objeto de la investigación sospeche que se están realizando escuchas electrónicas, pero no es necesario que esa sospecha sea confirmada de inmediato mientras se realiza la investigación. Es preferible que esa confirmación se produzca únicamente cuando la investigación esté llegando a su fin. Sin embargo, una detención, inspección o cualquier otra actividad de investigación podría informar inadvertidamente al interesado de que se está realizando una investigación. La cuestión es delicada cuando los terceros son objeto de una solicitud u orden de suministrar información.

91. Las medidas de investigación coercitivas, las solicitudes de asistencia judicial recíproca y la institución o expedición de medidas provisionales contra los activos son todas medidas que se deben coordinar entre los asociados en una investigación conjunta. Una medida coercitiva de revelación dictada contra un tercero quizás no sea tan intrusiva como una medida provisional notificada a quien se está investigando. Si la ley exige que se notifique de inmediato al cliente del tercero antes o después de dar cumplimiento a la orden de revelación o presentación de información, es obvio que la persona objeto de la investigación estará sobre aviso. Las jurisdicciones deben coordinar y celebrar consultas sobre esta cuestión en particular.

92. Además, habida cuenta de la naturaleza de las organizaciones delictivas, en las investigaciones conjuntas se deben tener en cuenta las cuestiones relacionadas con la seguridad de los testigos²⁸. También es importante señalar que esta preocupación por la seguridad se puede presentar en

²⁸El artículo 24 de la Convención contra la Delincuencia Organizada se ocupa concretamente de esta cuestión y exhorta a las partes a adoptar medidas apropiadas para proteger a los testigos, sus familiares y demás personas cercanas.

cualquier momento de la investigación. De poco sirve al posible testigo en peligro saber que sus inquietudes razonables respecto de su seguridad se abordarán únicamente cuando comience el juicio penal. La seguridad de los testigos puede convertirse en una obligación a largo plazo y onerosa. Sin embargo, esa preocupación por la seguridad es un aspecto vital de las investigaciones sobre la delincuencia organizada, incluidas las relacionadas con la localización de activos.

V. Localización de activos

A. Sinopsis

93. Una investigación dedicada al decomiso de activos puede ser más difícil que la dedicada a los delitos de fondo cometidos por una organización delictiva. Ello se debe a que para el decomiso, ya sea basado en el valor o en los bienes, se debe establecer que los bienes dimanen directa o indirectamente de la comisión de un delito. No son muchos los delincuentes que admiten ese hecho y la mayoría de ellos toma medidas para blanquear sus activos con la esperanza de eludir la investigación.

94. No todo delito da como resultado la recepción de dinero. En muchos casos, se puede cometer un delito preparatorio por distintas razones, como provocar temor o alentar la lealtad. A las organizaciones delictivas se las investiga por todos los delitos graves relacionados con ellas, pero el propósito final de sus actividades en la obtención de riquezas, especialmente para los dirigentes del grupo. En consecuencia, los investigadores deben tener siempre presente que deben “seguir al dinero” con paciencia.

95. A menudo seguir el rastro del dinero será difícil para cualquier investigador. Por ese motivo, es una buena práctica que se asignen investigadores especializados en la localización de activos a la investigación de los bienes que se decida decomisar. Esos investigadores deben mantener un contacto estrecho con los demás investigadores dedicados a la delincuencia organizada. Cualquiera de los equipos puede obstaculizar inadvertidamente una investigación²⁹. El investigador encargado del decomiso quizás inicie procedimientos que pongan sobre aviso a los delincuentes, de manera que es necesario que los investigadores establezcan una estrecha coordinación mutua.

B. Información ya existente en la investigación

96. En el capítulo IV se examinan brevemente los procesos de la investigación general. Estos deberían incluir la vigilancia selectiva, métodos técnicos avanzados, como escuchas electrónicas, la inspección de computadoras y de proveedores de servicios de Internet y otras actividades. Los informes generados por la investigación general aportarán información valiosa a los encargados de investigar los activos. También pueden revelar algunas deficiencias.

97. Una posible deficiencia es el riesgo de pérdida de información potencialmente valiosa cuando la vigilancia es muy remota. Por ejemplo, observar con binoculares a una persona que utiliza un cajero automático quizás no revele el tipo de tarjeta bancaria utilizada. Las búsquedas que se realizan

²⁹El adelantamiento que quizás sea necesario en una investigación penal sustantiva tal vez resulte un factor prematuro irritante para otros investigadores.

en los recipientes de basura³⁰, un método útil para buscar pruebas o artículos descartados, quizá se concentren únicamente en objetos que no tienen importancia para el investigador de activos.

98. Puede que sea necesario revisar las actividades de una investigación realizada previamente, o comenzarlas de nuevo, esta vez teniendo presente la localización de activos. Tal vez haya que volver a examinar las conversaciones grabadas prestando atención a lo que se haya dicho sobre las actividades financieras, porque quizás no se las consideró importantes cuando se estaba realizando la investigación de fondo. Igualmente, los supervisores (las personas asignadas a escuchar las conversaciones interceptadas) deben ser conscientes de la importancia que pueden tener esas conversaciones o mensajes para la posterior localización de activos. El mismo criterio se aplica a la interceptación de comunicaciones por Internet (correo electrónico).

C. Planificación de la investigación de los activos

99. Si bien los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley quizás estén, con razón, preocupados por poner fin a las actividades delictivas, también les debe preocupar el dinero obtenido a partir de esas actividades. En la mayor parte de las investigaciones sobre la delincuencia organizada, todos los miembros del equipo, ya sean policías, fiscales u otros expertos, muy pronto se dan cuenta de que el grupo delictivo puede participar en una gran variedad de actividades a fin de cometer otros delitos o trasladar el dinero obtenido. Ningún investigador es un experto en todos los temas. Un investigador experimentado reconocerá rápidamente la necesidad de llamar a otros expertos a fin de investigar los aspectos complejos del traslado de dinero, que es exactamente lo que hacen los delincuentes sofisticados. Es la razón por la cual quienes investigan los activos son parte de un equipo.

100. No se debe plantear la situación en que los investigadores asignados a los delitos de fondo no tengan en cuenta los activos, por considerar que se trata de algo de lo que posteriormente habrán de encargarse quienes investiguen los aspectos financieros y que revisarán el expediente más adelante. Los investigadores de activos deben trabajar junto a los demás investigadores y se deben incorporar a la investigación general inmediatamente o lo antes posible.

101. La necesidad de organizar y planificar la totalidad de la investigación debe ser un compromiso dinámico entre investigadores y fiscales. Por ejemplo, quizás el grupo delictivo se dedique al secuestro de camiones, cometa robos a mano armada o venda drogas. Las actividades de vigilancia y el interés público quizás obliguen a una intervención y detención anticipadas. Sin embargo, esta hipótesis, muy probable, no entraña necesariamente que se frustre la investigación sobre los activos. Si no se sigue rastro del dinero, en definitiva el delito triunfa. El delincuente condenado cumplirá su condena pero tendrá la tranquilidad de que su familia no pasará problemas y de que el producto de sus delitos lo estará esperando al salir en libertad.

102. Es posible que se haya realizado una amplia vigilancia de un grupo delictivo y que se pueda extrapolar información valiosa de los informes así obtenidos. Si la información o las pruebas obtenidas gracias a la vigilancia solo se evalúan para establecer pautas que comprueben la comisión de los delitos de fondo, quizá se pierda la oportunidad de seguir el rastro del dinero. Tal vez los investigadores de los activos deban realizar esa función analítica o volver a evaluar los informes

³⁰ Cuando la ley lo autoriza, el análisis de la basura o los bienes abandonados de la persona investigada puede ser muy útil. Los registros financieros descartados deben ser considerados una prueba potencialmente útil, al mismo nivel que las armas o las drogas que se vean abandonar u ocultar al sospechoso; es posible reconstruir los documentos "triturados".

anteriores sobre ese mismo material, para lo cual es también importante el momento en que se realiza esa nueva evaluación.

103. Si la persona vigilada frecuenta instituciones financieras, a menos que sea ladrón de bancos es razonable presumir que se esté valiendo de la institución financiera por distintas razones, lo que ofrece oportunidades al investigador de los activos. Quizás se haya tomado nota del tipo de tarjeta bancaria utilizada y también se haya observado el uso de tarjetas de crédito y otros instrumentos financieros. Si bien es cierto que las tarjetas pueden ser robadas, en muchos casos son de propiedad del delincuente y pueden constituir una pista valiosa. Es posible que la investigación dé lugar a distintos tipos de información que puede aprovechar el investigador de activos. Es esencial que los miembros del equipo de vigilancia aprecien el valor de lo que podría ser aparentemente información trivial, la busquen y tomen nota de ella, y que los registros de esa vigilancia no se destruyan. El tipo de detalle es importante para el investigador de activos. La participación temprana del investigador de activos en la investigación general garantiza que se pueda enriquecer la investigación gracias a sus conocimientos y esferas de interés.

104. En toda investigación de una organización delictiva, la identificación de los miembros del grupo es un factor esencial. En relación con todos los aspectos de una investigación sobre la delincuencia organizada, incluida la localización de los activos, es importante preguntarse, como rutina, “¿qué?, ¿quién?, ¿por qué?, ¿dónde? y ¿cómo?”.

D. Conocer el objetivo

105. En una investigación de los activos, el investigador debe determinar rápidamente en qué personas de la organización delictiva es necesario concentrarse a fin de progresar en el objetivo de seguir el dinero. El investigador de activos debe conocer a la persona investigada porque, por un lado, si se observa que esa persona gasta de inmediato el dinero en automóviles caros o en un estilo de vida extravagante, quizás no se justifique la necesidad de investigar los activos. Por otra parte, si se considera que está trasladando y ocultando activos, es obvia la necesidad de realizar una investigación.

106. Esto es especialmente cierto en el caso de los grupos de delincuencia organizada, en los que quizás los delincuentes de menor jerarquía gasten sumas importantes, pero la mayor parte de los beneficios quedan en manos de los cabecillas. Una sugerencia obvia es que es necesario que los investigadores sigan el dinero a lo largo de la línea jerárquica de la organización. Esto tal vez sea difícil de lograr, pero no es imposible. El principal problema es la necesidad de familiarizarse con los socios y familiares de la persona investigada, ya que quizás esta se valga de ellos para ocultar los activos.

107. A menudo se detiene a los miembros de menor jerarquía del grupo delictivo, y quizás el temor de perder sus bienes los induzca a aportar información cuando se los detiene o durante el enjuiciamiento. Es posible que si se les ofrece un aliciente adecuado (como una reducción de la condena y su protección como testigos) quizás no sean tan leales al grupo. Todos los participantes en una investigación sobre la delincuencia organizada deben conocer a las personas que investigan y evaluar la medida en que es probable que presten más atención a su propio interés que al del grupo.

108. El objetivo principal de la investigación, que se supone que es el líder del grupo, con frecuencia se valdrá de sus subalternos, testaferros y familiares para ocultar los activos. También con

frecuencia se valdrá de instrumentos societarios con el mismo fin. Por último, se valdrá del mundo financiero para trasladar sus activos. Estas personas son muy sofisticadas y tienen muchos conocimientos al respecto, y a menudo se valen de expertos que los asesoran sobre la manera en que se pueden trasladar los activos o el dinero. En consecuencia, la primera prioridad del investigador de activos debe ser dedicarse con exclusividad a los principales miembros del grupo.

109. La labor internacional de los últimos 30 años ha llevado a las instituciones financieras a apreciar la necesidad de que, como mínimo, estén obligadas a establecer políticas y procedimientos racionales de “conocer al cliente”. Se han impuesto al sector financiero en general normas internacionales de lucha contra el blanqueo de dinero³¹. El investigador puede presumir razonablemente que, en cumplimiento de ese tipo de obligaciones, se han mantenido registros que a menudo se convierten en un instrumento básico para todo investigador de activos. Sin embargo, el primer paso del investigador es conocer a la persona investigada a fin de saber qué tipo de registros es necesario obtener de las instituciones financieras y poder aprovecharlos al máximo.

110. Esencialmente, en una investigación de los activos el criterio de conocer a la persona investigada debe ser el mismo que el aplicado en la investigación general pero, para el investigador de activos, los detalles son vitales a fin de poder seguir eficazmente el rastro del dinero. Los detalles que se deben conocer acerca de la persona investigada incluyen:

- a) Nombre y alias conocidos;
- b) Fecha y lugar de nacimiento, con copia de partida de nacimiento, pasaporte y documento nacional de identidad;
- c) Nombre y fecha de nacimiento del cónyuge, incluidos cónyuges anteriores, hijos, padres (incluidos los del cónyuge o excónyuge), de ser conocidos, y los de otros miembros de la familia ampliada;
- d) Número de teléfono (comercial, domicilio, móvil), correo electrónico y Facebook o grupo social similar (de ser conocido);
- e) Fotografía reciente.

Toda esta información es útil, aunque no se pueda contar con ella de inmediato; no hay que detener la investigación porque falte alguno de estos detalles. La información que permita conocer con más detalle a la persona investigada puede y debe ser complementada a medida que avanza la investigación. Para el investigador encargado de rastrear los activos, se trata de una tarea permanente. Esta observación es importante, ya que la persona investigada se valdrá de distintos artilugios, como empresas, fondos fiduciarios y otras relaciones comerciales a fin de ocultar sus activos.

111. Uno de los principales instrumentos que quizás utilicen los delincuentes para ocultar sus activos es un fondo fiduciario; se ofrece un ejemplo en el recuadro 7. Los fondos fiduciarios, que dan la impresión de que el acusado no tiene interés directo en los activos, son un instrumento muy popular. La administración del fondo se rige por la legislación local. De la misma manera que se puede utilizar a una empresa como vehículo para la comisión de un delito, lo que hace necesario ocultarse tras el velo societario, también se puede establecer un fondo fiduciario para

³¹Esas normas no se aplican únicamente a las instituciones financieras. Las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera son muy amplias y su intención es que se apliquen tanto al sector bancario como al no bancario. Véanse las recomendaciones revisadas 10, 22 y 23, en las que el Grupo de Acción Financiera exhorta a los Estados a que exijan a las instituciones financieras y a determinadas empresas y profesiones que adopten las medidas necesarias de debida diligencia respecto de los clientes, del mantenimiento de registros y la obligación de informar acerca de ciertas transacciones.

ocultar activos. Al investigar un fondo fiduciario será necesario establecer si se constituyó de conformidad con las leyes del país en que se lo ha establecido. En caso afirmativo, será necesario demostrar que quien verdaderamente controla el fondo es el delincuente investigado y no los administradores. Ello se puede lograr observando la conducta de los administradores y la manera en que han administrado el fondo, por ejemplo, examinando los documentos pertinentes, como las cartas con instrucciones no vinculantes.

Recuadro 7. Ejemplo de evasión fiscal mediante el uso de fondos fiduciarios

En una causa importante de evasión fiscal tramitada en el Reino Unido respecto del impuesto sobre el valor añadido, los dos principales acusados defraudaron al Estado la suma de 16 millones de libras esterlinas mediante el traspaso de la mayor parte del dinero a fondos fiduciarios, primero en la Isla de Jersey y luego a Liechtenstein y las Islas Vírgenes Británicas. A fin de tener acceso al dinero y a la vez mantener su distancia respecto de la administración de los fondos fiduciarios, los acusados recibían asesoramiento por parte de los administradores sobre la manera en que podían tener acceso al dinero, para lo cual remitían a los administradores cartas con instrucciones no vinculantes utilizando un formato predeterminado. Por lo general las cartas contenían solicitudes de que se entregara dinero a los acusados o a sus familiares en forma de préstamos para realizar determinadas operaciones comerciales o para adquirir bienes inmuebles. La forma en que se redactaban las solicitudes daba la impresión de que los administradores actuaban con discreción respecto de si entregarían o no los fondos solicitados. No había pruebas de que los administradores no hubieran dado cumplimiento a las solicitudes recibidas, y en ningún momento iniciaron acciones judiciales para recuperar los “préstamos”. Igualmente, las propiedades adquiridas por los acusados quedaban a nombre de los fondos fiduciarios, con lo que se ocultaba el interés que los acusados tenían en esas propiedades.

112. Durante la investigación, los investigadores deben preparar un expediente sobre la persona investigada, y deben aprovechar todas las oportunidades posibles para añadirle material, por ejemplo, cuando la persona investigada entra o sale del país o abre una cuenta bancaria, o cuando se puede incluir su pasaporte. Si las huellas digitales de la persona investigada están registradas o se las consigue durante la investigación tras haber sido acusada o detenida por algún delito menor, también se las debe incluir en el expediente. Lo mismo se debe hacer con la información que se obtenga de fuentes públicas. Toda información complementaria inevitablemente ayudará a la investigación de los activos. Un expediente amplio y exacto evitará que se pierdan tiempo y recursos en la obtención de documentos improcedentes, en seguir pistas innecesarias, a personas no relacionadas con el delito o a personas incorrectamente identificadas. En el recuadro 8 se describen distintas técnicas que se pueden utilizar para conocer mejor a quien se investiga.

Recuadro 8. Distintas técnicas para conocer mejor a quien se investiga (tomado de *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*)

Los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley del Reino Unido tuvieron conocimiento de denuncias de corrupción y malversación de fondos cometidos por el Gobernador del estado de Plateau (Nigeria), Joshua Dariye, y sospechaban que los activos podían estar localizados en el Reino Unido. Utilizando distintas técnicas de investigación, pudieron rastrear los activos y vincularlos al delito:

1. *Técnica:* los investigadores investigaron los archivos públicos del Reino Unido buscando datos sobre Dariye (en los registros de propiedad inmobiliaria, automotores y sociedades) y procuraron información de inteligencia sobre Dariye de otros organismos gubernamentales, incluida la unidad de inteligencia financiera.

Resultado: no se encontraron vínculos con Dariye.

2. *Técnica:* los investigadores identificaron a familiares y asociados de Dariye y comprobaron la existencia de vínculos con el Reino Unido.

Resultado: los investigadores descubrieron que los hijos de Dariye asistían a una escuela privada en el Reino Unido.

3. *Técnica:* se investigaron los bancos pertinentes (los investigadores financieros facultados para hacerlo).

Resultado: a raíz de las investigaciones se determinó que Dariye tenía una cuenta de Barclaycard que se pagaba todos los meses por conducto de la cuenta bancaria de Joyce Oyebanjo, que en la práctica actuaba como banquero de Dariye en el Reino Unido, ya que pagaba todas sus facturas en su nombre, incluida la cuota de la escuela privada de sus dos hijos.

4. *Técnica:* los investigadores obtuvieron una orden de producción para tener acceso a los registros escolares.

Resultado: los investigadores confirmaron que la cuota de la escuela era pagada por Joyce Oyebanjo.

5. *Técnica:* los investigadores buscaron información sobre Oyebanjo en fuentes públicas y otros organismos gubernamentales. También obtuvieron una orden de presentación de documentos respecto de sus cuentas bancarias.

Resultado: se determinó que Oyebanjo, que trabajaba como funcionaria de viviendas en el Reino Unido, tenía 15 cuentas bancarias con un total de 1,5 millones de libras esterlinas (unos 2,3 millones de dólares) y bienes inmuebles por valor de 2 millones de libras esterlinas (aproximadamente 3,1 millones de dólares). Además, administraba una de las propiedades de Dariye en Regents Park Plaza, inmueble que se había adquirido a nombre de “Joseph Dagwan” y había sido pagado por el Fondo Ecológico del estado de Plateau por conducto de varias empresas.

6. *Técnica:* los investigadores controlaron las referencias de crédito y a través de ellas quedaron al descubierto las cuentas bancarias que operaban las personas investigadas. Se rastrearon activos desde las cuentas bancarias a otras cuentas bancarias, inmuebles y vehículos. Se utilizaron órdenes de producción e inspección para obtener información adicional y localizar activos.

Resultado: los investigadores descubrieron que Dariye tenía una cuenta bancaria registrada en un domicilio particular en Londres. El examen de las cuentas bancarias de Dariye y Oyebanjo puso al descubierto voluminosas transferencias electrónicas desde distintos bancos de Nigeria.

7. *Técnica:* los investigadores utilizaron una orden de presentación de documentos para obtener las escrituras correspondientes a la dirección en Londres.

Resultado: se descubrió que el inmueble había sido adquirido utilizando un nombre falso y que había sido pagado por conducto de la cuenta bancaria en Londres de una empresa de Nigeria.

8. *Técnica:* se envió a Nigeria una solicitud de asistencia judicial recíproca a fin de determinar los orígenes de los fondos recibidos.

Resultado: se estableció que el subsidio ecológico obtenido por Dariye se había desviado y ocultado en la cuenta bancaria de su empresa, con la asistencia de funcionarios del banco. Los fondos se desviaron a una empresa y a la cuenta bancaria conexas establecidas por Dariye en Nigeria y posteriormente se habían transferido a Londres. La empresa de Nigeria que había adquirido el inmueble en Londres también estaba vinculada al desfalco ecológico porque había recibido 100 millones de libras esterlinas (unos 157 millones de dólares) de los fondos robados. La empresa había pagado 400.000 libras esterlinas (unos 626.800 dólares) por el inmueble de Londres después de que Dariye autorizara al Gobierno del estado de Plateau a otorgar un contrato para la instalación en ese estado de equipo de televisión por valor de 37 millones de libras esterlinas (unos 58 millones de dólares).

Este ejemplo ilustra que es imperativo que los expertos “conozcan a quienes investigan” y que identifiquen a todos sus familiares cercanos, socios comerciales y demás personas que puedan ayudar al sospechoso a robar fondos y trasladarlos a jurisdicciones extranjeras. Los expertos también deben aprovechar todas las técnicas disponibles (por ejemplo, otros organismos gubernamentales, fuentes públicas y medidas coercitivas), porque nunca se puede saber dónde se obtendrá la siguiente pista.

Fuente: Jean-Pierre Brun y otros, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2011), págs. 46 a 47.

E. Registros y datos financieros

113. La localización de activos comienza lentamente y se va acelerando a medida que se acumulan datos o pruebas. Un punto de partida es obtener acceso legal a las cuentas bancarias de la persona investigada. El objetivo del investigador debe ser compilar un panorama completo de los activos de la persona investigada. En todas las jurisdicciones en donde deba establecerse la admisibilidad de las pruebas, ese panorama debe incluir los medios utilizados para obtener las pruebas.

114. Los datos o las pruebas pueden provenir de distintas fuentes. Internet y los registros públicos son siempre útiles. A medida que avanza la investigación se pueden aprovechar los registros gubernamentales, los registros financieros y los archivos de profesionales como contadores, abogados y asesores financieros. Esas pruebas también crean distintas expectativas respecto de la autoridad del investigador de tener acceso al registro o archivo. En algunas jurisdicciones, los ciudadanos deben cooperar y responder honestamente cuando son interrogados durante la investigación. En otras jurisdicciones, es posible rechazar las solicitudes de cooperación formuladas por el investigador. En

otros casos quizá sea necesario obtener una orden formal de algún tipo. No hay un criterio que sea mejor que otro para este tipo de investigaciones, pero siempre se debe aplicar la legislación nacional de manera uniforme dondequiera que se realice una investigación, porque cualquier error en la investigación o una práctica demasiado agresiva (una conducta que apenas pueda considerarse legítima) puede tener consecuencias negativas inesperadas en la posterior solicitud de decomiso.

F. Información de fuentes públicas

115. La búsqueda de datos en Internet es una realidad comercial. El solo hecho de ingresar un nombre en un motor de búsqueda revela que la privacidad personal se ha ido erosionando con el tiempo. Además, hay sitios web comerciales, como agencias de crédito, en los que se puede tener acceso a importante información personal y financiera mediante el pago de una tarifa. Los investigadores de activos deben valerse de esos sitios cuando sea posible.

G. Información de fuentes gubernamentales

116. Todos los gobiernos reúnen importantes cantidades de información personal y financiera de sus nacionales. El problema para el investigador de activos es cómo obtener acceso a esa información. Por ejemplo, si en esa jurisdicción la legislación exige a los funcionarios públicos declarar sus activos, según el alcance de la ley y la capacidad del organismo competente para tener acceso a la información, ello puede constituir una fuente de información financiera básica. Por ejemplo, la legislación nacional de Francia establece que se debe mantener un registro de todas las cuentas bancarias en una base de datos denominada *Fichier des comptes bancaires* (FICOBA), que es mantenida por la administración fiscal y a la que pueden tener acceso los investigadores, por lo menos para verificar la existencia de una relación con la cuenta. De la misma manera, los organismos encargados del cumplimiento de la ley tienen acceso a información específica sobre la cuenta.

I. Información fiscal

117. La mayoría de los Estados depende de la recaudación de impuestos, en una forma u otra, para financiar sus actividades. La cantidad de información personal o financiera que figura en los registros fiscales varía ampliamente, por lo cual pueden constituir una fuente abierta o controlada de valiosa información. Se pueden imponer a las autoridades tributarias obligaciones muy estrictas respecto de la no divulgación de información³². Esta situación se presenta especialmente en los países en donde la información acerca de los ingresos es aportada por el contribuyente.

118. En todas las jurisdicciones en donde la información tributaria es accesible a solicitud del interesado, los investigadores deben obtener cuanto antes ese tipo de información respecto de la persona investigada. En las jurisdicciones en donde es necesario realizar un trámite previo, el proceso debe comenzar lo antes posible. Es posible que en sus declaraciones impositivas las personas investigadas mientan sobre sus verdaderos ingresos o riqueza; esa información falsa es un valioso punto de partida para una investigación destinado a la localización de activos y puede ser incluso más

³²En el Canadá y los Estados Unidos, para tener acceso a los registros fiscales se necesita una orden judicial. En Nigeria se puede tener acceso en ciertos tipos de investigación, como las relativas a delitos económicos o el tráfico de drogas, mientras que el Brasil y Francia permiten el acceso sin una orden judicial. En Jamaica se necesita la autorización del Ministerio de Finanzas, y cuando el acceso se solicita por conducto de una solicitud de asistencia judicial recíproca, se exige reciprocidad.

valiosa cuando se interroga o enjuicia a esa persona. Sin embargo, como normalmente esa información es confidencial, hay que tener cuidado en que a lo largo de toda la investigación se respeten los requisitos de confidencialidad.

2. Información sobre viajes

119. Como en los viajes internacionales debe presentarse un documento de identidad, los organismos aduaneros y fronterizos quizás tengan información o pruebas respecto de una persona objeto de investigación que tal vez los investigadores no hayan podido conseguir de otras fuentes. Es posible que exista un banco de información sobre el historial de los viajes de la persona investigada, que es una valiosa fuente para los investigadores, independientemente de que la información esté disponible cuando se la solicite o de que haya que seguir un trámite determinado.

120. En la actualidad las personas que cruzan una frontera internacional están obligadas a declarar si llevan consigo una gran cantidad de dinero en efectivo o instrumentos monetarios. Además, las autoridades aduaneras están facultadas para inspeccionar piezas postales o cargamentos en la búsqueda de contrabando, incluidos dinero en efectivo o instrumentos monetarios. La investigación general puede revelar que la persona investigada está a punto de cruzar una frontera internacional. Esto da a los investigadores la oportunidad de trabajar con las autoridades aduaneras a fin de obtener datos, como una copia del pasaporte o documento de identidad, o realizar una inspección que no creará una sospecha prematura y que puede dar como resultado el descubrimiento de pruebas valiosas.

H. Registros públicos

121. En muchas jurisdicciones los registros públicos son responsables del mantenimiento de información importante sobre la propiedad de bienes. Es útil obtener el nombre del titular registrado de inmuebles de cualquier jurisdicción en donde se mantenga ese tipo de registro, e incluso es posible obtener más información útil de ellos. Los registros societarios, conexos o no, se pueden vincular a los registros de inmuebles y empresas a fin de asistir al establecimiento de vínculos con la persona investigada. Otras oficinas públicas pueden mantener registros sobre hipotecas o embargos relacionados con los bienes de la persona investigada. Además, los sistemas de registro de vehículos a menudo incluyen información no solo sobre la propiedad de automotores, sino que también pueden incluir embarcaciones de placer, buques o aeronaves. Todas estas son fuentes adicionales de información que están a disposición del público y los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley.

122. De la misma manera, otros registros mantienen información sobre empresas comerciales y el otorgamiento de licencias, que puede ser muy valiosa para un investigador. Por ejemplo, si el registro inmobiliario o de vehículos revela que el bien está registrado a nombre de una empresa, el organismo que registró la licencia puede aportar información sobre la identidad de los propietarios. Quizás esas personas no sean objeto de la investigación, pero pueden dar lugar a nuevas pistas.

123. En algunas jurisdicciones existen registros del estado civil. Esos sistemas pueden aportar información sobre los familiares de la persona investigada, como cónyuge, hijos y otros parientes.

I. Registros judiciales

124. El investigador debe considerar si la persona investigada ha sido enjuiciada o condenada en el pasado. Los litigios privados, como los relacionados con un accidente automovilístico, un incumplimiento contractual o una quiebra pueden dar lugar a registros judiciales a los que se puede tener acceso. El investigador de activos debe tratar de ubicar todos esos registros. Para obtener acceso a alguno de esos archivos tal vez sea necesario realizar un trámite específico, pero la información puede ser inestimable para obtener datos sobre las actividades y los contactos de la persona investigada. Además, los registros de los tribunales penales pueden aportar información similar.

J. Empresas de servicios públicos

125. Todos los hogares y comercios utilizan los servicios de distintas empresas, para lo cual hay que registrarse con los proveedores de gas, electricidad, teléfono e Internet. Un examen de los archivos de las empresas de servicios públicos revelará quién es el cliente y la manera en que se pagan las facturas, y tal vez esto permita determinar los casos en que la persona investigada no es la dueña registrada del inmueble pero sin embargo paga las facturas.

K. Internet

126. Una consecuencia inesperada de Internet ha sido la proliferación de redes sociales, que permiten una comunicación instantánea. En algunos países, los investigadores de activos deben controlar si las personas investigadas participan en una red social o en una actividad similar. Se debe hacer todo lo posible por obtener información a partir de esas redes, por medio de una orden judicial, si así lo exige la legislación interna. Gran parte de esa información quizás no sea pertinente, pero sin embargo puede dar lugar a una gran cantidad de datos de inteligencia y a nuevas pistas.

L. Información de fuentes gubernamentales especializadas

127. En realidad las autoridades fiscales y los organismos fronterizos pueden considerarse fuentes gubernamentales especializadas. En ese caso, los investigadores deben tratarlos como tales, teniendo presente que lo importante es obtener la información o las pistas necesarias dondequiera que se las pueda encontrar. De todas maneras, hay dos importantes fuentes gubernamentales especializadas que no deben ignorarse.

I. Unidad de inteligencia financiera

128. Las unidades de inteligencia financiera constituyen una novedad reciente en muchas esferas.

129. La unidad de inteligencia financiera es el organismo nacional y central responsable de recibir (y, si está autorizada, de solicitar), analizar y difundir a las autoridades competentes, información financiera de dos tipos:

- a) Información relativa a presuntos productos del delito y la posible financiación del terrorismo;
- b) Información exigida por las leyes o reglamentos nacionales para luchar contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

130. Si bien el Grupo Egmont aporta una descripción de las unidades de inteligencia financiera e información sobre sus distintos tipos (véase el capítulo IV.C *supra*), no existe un modelo mundial estandarizado. La característica común a todas las unidades es que se las ha ideado para que reciban informes de transacciones sospechosas, que en algunas jurisdicciones se denominan informes de actividad sospechosa. En algunos países, la unidad de inteligencia financiera puede ser parte de los organismos de cumplimiento de la ley, mientras que en otros puede ser un organismo independiente y separado encargado de centralizar la recepción y evaluación de información financiera y comunicar los resultados a las autoridades competentes. Ambos tipos de unidad son una fuente esencial de inteligencia para el investigador de activos.

131. Los investigadores deben estar familiarizados con la estructura, las funciones y las facultades de la unidad de inteligencia financiera de su propia jurisdicción. Además de obtener informes sobre transacciones sospechosas, muchas unidades están autorizadas a reunir y mantener informes sobre transacciones en divisas y grandes sumas de efectivo. Quizás también sea obligatorio informar a la unidad de inteligencia financiera de las transferencias electrónicas de sumas de dinero que superen un umbral relativamente bajo. Lo que debe tenerse en cuenta es que la unidad de inteligencia financiera tiene en su poder importantes datos financieros.

132. Según se indica en la descripción del Grupo Egmont, la función de la unidad de inteligencia financiera es utilizar los datos que reciba a fin de analizar pautas de actividad financiera. En esencia, posteriormente la unidad está obligada a difundir sus análisis cada vez que se sospeche que existe blanqueo de dinero o se financie el terrorismo.

133. La obligación de difundir un informe no entraña que en ese informe se incluya toda la información acumulada por la unidad. Esa información puede comprender datos sobre transacciones sospechosas y otros informes conexos (como transacciones en divisas o transferencias electrónicas de fondos) u otra información adicional que se haya recibido de unidades homólogas. Ese tipo de información puede ser confidencial o restringida.

134. En consecuencia, el investigador de activos debe considerar si es posible obtener de la unidad de inteligencia financiera la información de antecedentes en que se basa el informe. Los investigadores deben aprovechar cabalmente la oportunidad de obtener ese tipo de información, ya sea mediante una solicitud o un trámite judicial. Cualquiera que sea el proceso necesario, la información que se puede obtener tal vez resulte inestimable.

2. Información gubernamental relacionada con la seguridad nacional y la presunta financiación del terrorismo

135. Desde 2001, la cuestión de la financiación del terrorismo ha generado importantes obligaciones en materia de presentación de informes respecto de transacciones presuntamente relacionadas con bienes o instrumentos financieros que puedan ser de utilidad para grupos terroristas. La unidad de inteligencia financiera del Estado y la mayoría de las entidades financieras y los ciudadanos están en la actualidad obligados a informar a las autoridades de la existencia de bienes de terroristas o

de transacciones financieras en apoyo al terrorismo de que tengan conocimiento. No todos esos informes se refieren a terroristas o a grupos terroristas.

136. El problema es que el traslado de dinero es bastante anónimo. Cuando el análisis realizado por la unidad de inteligencia financiera lleva a sospechar que se está financiando el terrorismo, la unidad está obligada a informar al respecto a los organismos encargados del cumplimiento de la ley competentes para investigar el terrorismo, y quizás también al organismo de seguridad nacional de su jurisdicción. Sin embargo, la unidad no comparte automáticamente esa información con un equipo dedicado a la delincuencia organizada o con los organismos encargados del cumplimiento de la ley. Es posible que la investigación haya eliminado la posibilidad del terrorismo, aunque quizás quede todavía registrada la preocupación inicial. Lo importante es que la unidad de inteligencia financiera quizás cuente con información útil para la investigación de la delincuencia organizada o para la localización de activos relacionados con la delincuencia organizada. Los investigadores de activos deben asegurarse de que por lo menos se intente obtener de las autoridades que investigan el terrorismo ese tipo de información.

M. Utilización de la información

137. La información aportada por una unidad de inteligencia financiera o una investigación sobre el terrorismo no es el producto final ni la respuesta mágica para el investigador de activos. En muchos casos ese tipo de información conlleva muchas restricciones. Los informes proporcionados por la unidad de inteligencia financiera se basan en datos provenientes de otras fuentes, y los investigadores de activos deben hacer referencia a las fuentes originales de las pruebas concretas en apoyo de su labor.

138. El informe de la unidad de inteligencia financiera suele proporcionar los nombres de las instituciones o entidades financieras que han sido fuente de la información³³. El investigador de activos debe determinar la manera en que puede lograr acceso al material original que esté en poder de la entidad informante.

139. El criterio más sencillo quizás sea pedir a esa entidad que coopere y aporte voluntariamente copias de los registros originales identificados por la unidad de inteligencia financiera, criterio que en la práctica tal vez no funcione. Quizás preocupe a la institución financiera que la cooperación voluntaria contravenga las normas sobre privacidad o las obligaciones contractuales sobre privacidad entre la entidad y su cliente. En tal caso, se debe procurar una orden judicial adecuada que obligue a la entidad a entregar la información solicitada. De ser posible, se debe solicitar que la orden contenga disposiciones que impidan que se notifique al respecto a la persona investigada. Una orden expedida en una etapa temprana de la investigación puede permitir que la entidad celebre consultas con su cliente o que le notifique su obligación de cumplir esa orden. Quizás ello no sea importante cuando la investigación está a punto de finalizar. De lo contrario, se debe tratar de reducir al mínimo ese riesgo.

³³Por ejemplo, el caso de casinos, casas de cambio u otros comercios o profesiones que están obligados a informar a la unidad de inteligencia financiera, aunque no necesariamente a los organismos encargados del cumplimiento de la ley.

N. Órdenes de vigilancia o de presentación de documentos

140. Además de solicitar cooperación y recibir ese tipo de asistencia, los investigadores pueden obtener los documentos necesarios mediante intimaciones judiciales o disposiciones similares. Es posible que la legislación nacional permita que los abogados expidan intimaciones previa solicitud a los tribunales, o que por autoridad propia los organismos de investigación o los funcionarios instructores puedan obtener documentos o copias de ellos. Esta situación debe examinarse a la luz de las disposiciones de cada jurisdicción. Siempre debe tenerse en cuenta el riesgo de que la persona investigada quede advertida de que se está realizando una investigación.

141. Debe tenerse presente que, en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, la prueba o la información obtenida del sospechoso o acusado mediante coacción no se puede utilizar contra esa persona en la investigación o el enjuiciamiento penal. Por ejemplo, cuando en el Reino Unido se obtiene una orden de embargo con una orden de revelar información subsidiaria, la información obtenida en virtud de esa orden no se comunica al organismo de cumplimiento de la ley encargado de la investigación del delito. Solo se comunica a los fiscales para que puedan determinar en qué medida es obligatorio revelarla. Si el acusado revela algún tipo de información en virtud de la orden que forma parte de la orden de decomiso y el fiscal desea utilizar esa información, será necesaria una orden judicial. La información obtenida de la revelación solo se puede utilizar contra el acusado respecto de un cargo de perjurio o en el procedimiento de decomiso, ya que fue este el que dio lugar a la orden de decomiso. La Operación Ghast, una causa tramitada en el Reino Unido y que se describió en el recuadro 5 es un buen ejemplo de cómo la cooperación temprana entre asociados internacionales, en ese caso entre España y el Reino Unido, permite obtener pruebas vitales a los fines de decomiso al determinarse el patrimonio de los acusados.

142. Otra manera de obtener la documentación necesaria puede ser mediante una orden de vigilancia o presentación de documentos³⁴ (en el anexo IV figura un modelo de orden de presentación de documentos, y en el anexo V un modelo de orden de vigilancia). El propósito de este tipo de órdenes es obligar a la persona o entidad designada en la orden a que entregue información o copias de documentos a un funcionario determinado dentro de un plazo determinado. Si están autorizadas en una jurisdicción determinada, también son útiles las órdenes anticipatorias, que obligan a revelar material o documentación durante un plazo determinado en el futuro.

143. El beneficio de este tipo de orden es que el investigador no necesita realizar una inspección en la entidad pertinente. La entidad está obligada por la orden a ubicar en sus registros los documentos especificados y entregarlos dentro de un plazo determinado.

144. El tribunal o el oficial judicial normalmente expide este tipo de órdenes sobre la base de la solicitud hecha por escrito, sin que sea necesario notificar a la entidad ni a su cliente. Los requisitos para la expedición de este tipo de orden varían según la jurisdicción. Quizás la carga de la prueba sea menor que la exigida para un mandamiento de inspección o equivalente a esta. Ello no es muy importante, ya que el alcance y el propósito son distintos a los de una orden de inspección. En el caso de una orden de vigilancia o presentación de documentos, la entidad está obligada a ubicar y presentar el material. En el caso de la orden de inspección, en general son los investigadores los que deben realizar esa tarea y generalmente la búsqueda termina una vez que se encuentra la información requerida. El material obtenido en virtud de este tipo de órdenes tal vez permita enterarse oportunamente de transacciones financieras inesperadas.

³⁴La terminología utilizada es indistinta.

145. Un aspecto de la orden de vigilancia o presentación de documentos es que la entidad quizás exija un pago para el cumplimiento de la orden. Esos costos pueden ser importantes si la entidad considera que esa obligación le ofrece la oportunidad de obtener un beneficio. En este caso, el presupuesto de la investigación debe permitir sufragar ese tipo de gastos, que pueden ser importantes. Esta situación varía según las jurisdicciones³⁵. Por último, cuando no se puede expedir una orden de vigilancia o presentación de documentos, una buena alternativa es una orden de inspección o su equivalente, aun si para ello el organismo encargado del cumplimiento de la ley debe incomodar a la otra parte al ejercer su autoridad de realizar una búsqueda eficaz.

O. Órdenes de inspección

146. Una manera de obtener pruebas o información de inteligencia es mediante una orden de inspección de carácter obligatorio. Al igual que cuando se solicita una orden de vigilancia o presentación de documentos, en general la solicitud de orden de inspección se tramita ante el tribunal competente para la aprobación de ese tipo de solicitud sin la intervención de la parte afectada. El inconveniente de las inspecciones es que es un acto públicamente visible y que quizás la entidad inspeccionada deba informar a su cliente de la existencia de la orden. Normalmente la persona investigada se enterará rápidamente de la existencia de una investigación. Las inspecciones causan perturbaciones y pueden tener consecuencias importantes tanto en la investigación a nivel general de la delincuencia organizada como en la investigación de los activos. La cuestión puede tener importancia si la orden de inspección se expide contra la persona investigada en lugar de contra un tercero, pero en ambos casos saldrá a la luz que se está realizando una investigación.

147. Esto debe examinarse con arreglo a la legislación de cada jurisdicción. En las jurisdicciones de derecho continental los requisitos para obtener una orden de inspección son variables. En general la autoridad para expedir una orden de inspección se fundamenta en la ley. La cuestión de la revelación prematura a la víctima del interés en una investigación es tan importante en las jurisdicciones de derecho continental como en las de *common law*.

148. En las jurisdicciones de *common law*, en general se puede obtener una orden de inspección mediante una solicitud por escrito que incluya material de apoyo³⁶. El primer documento es el mandamiento requerido. Este incluirá los términos de la orden, como el lugar que debe inspeccionarse, qué es lo que debe inspeccionarse en ese lugar, el objeto de la inspección (por ejemplo, documentos bancarios), el momento en que habrá de realizarse la inspección y su duración autorizada y otras condiciones que limiten, por ejemplo, la manera en que habrá de realizarse la inspección. Quizás el tribunal decida imponer condiciones estrictas a los oficiales encargados de la ejecución de la orden. El segundo componente de la solicitud es el material que justifique ante el funcionario judicial la expedición de la orden. El segundo documento contiene la justificación del requirente de su solicitud de orden de inspección. En esencia, el documento de apoyo contiene información plena, justa y franca sobre los hechos que justifican la expedición de la orden, lo que puede ser breve o voluminoso. En muchas jurisdicciones esto también es importante en caso de que se impugne la decisión de expedir la orden de inspección. Normalmente, el criterio exigido por el funcionario judicial encargado de emitir la orden es el “motivo razonable para creer” o la

³⁵La cuestión fue examinada por la Corte Suprema del Canadá en la causa *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, [2008] 1 S en C.R. 305,2008 SCC 12, en donde se resolvió que no se podían ni debían ordenar costas.

³⁶Quizás no se necesite una autorización de inspección separada en los casos de detención, inspecciones aduaneras en la frontera o cuando se incautan objetos a plena vista. Se trata de una cuestión especializada y en cada jurisdicción habrá que estar familiarizado con el derecho interno.

“causa probable”, que son equivalentes, y el término elegido no influye en el resultado. Si la impugnación de las declaraciones en apoyo de la solicitud tienen éxito, quizás el tribunal revoque la orden y considere la posibilidad de que las pruebas obtenidas en virtud de esa orden no se puedan utilizar en los trámites posteriores. En consecuencia, los documentos de apoyo se deben preparar con sumo cuidado.

149. Si está permitido que el tribunal autorice el secreto de la orden de inspección, se impedirá una revelación prematura que podría aprovecharse para ocultar algunos o todos los materiales incluidos en la documentación de apoyo. Las formalidades descritas anteriormente se aplican en las jurisdicciones de *common law*. En las jurisdicciones de derecho continental quizás no sean necesarias y el fiscal o el funcionario instructor podrían autorizar la inspección a fin de establecer la verdad de los hechos.

150. No hay una mejor manera prescrita de obtener una orden de inspección. Cualquiera que sea el método utilizado, se deben planificar los aspectos prácticos de la inspección teniendo en cuenta que esta se realiza en relación con la investigación de un grupo de delincuencia organizada. Cuando se deben inspeccionar computadoras, el equipo de inspección debe incluir expertos en informática. El equipo debe tener un plan para asumir las consecuencias de la depreciación de los activos que se incauten. A fin de incautar objetos o documentos, los inspectores deberán justificar su decisión de utilizar la autoridad que se les ha conferido en la orden. También se deben seguir todos los procedimientos posteriores a la inspección. Ello puede incluir un informe al funcionario judicial que expidió la orden o al fiscal competente y la necesidad de obtener una orden de preservación para los objetos incautados.

151. Al redactar el mandamiento de inspección, el investigador debe pensar más allá de los delitos de fondo y tener en cuenta la motivación económica de los delitos. La solicitud de autorización de inspeccionar registros financieros y de otro tipo debe justificarse con referencia a la necesidad de localizar los activos³⁷. Es igualmente importante especificar que en la inspección y la incautación se puede incluir equipo informático, incluidos periféricos como discos y tarjetas de memoria o material criptográfico. El alcance de la información o los documentos especificados en la orden de inspección dependerá de la legislación y la práctica locales. En las jurisdicciones de *common law* se exigen más especificaciones que en las de derecho continental. En ambos tipos de jurisdicción los investigadores deben ser conscientes de la necesidad de obtener información que posteriormente permita localizar los activos.

152. En el curso de las inspecciones tal vez los investigadores encuentren computadoras personales y equipos periféricos³⁸. Si estuvieran autorizados a inspeccionarlos e incautarlos, deben actuar con extremo cuidado, ya que quizás estos objetos tengan salvaguardias inesperadas. Se debe contar con expertos para asegurar que la autoridad de incautarse de ese tipo de equipo no se vuelva ineficaz de resultas de la incapacidad de un investigador con pocos conocimientos para recuperar la información. Se debe tener particular cuidado en no borrar datos por descuido, y se debe consultar con expertos informáticos forenses.

³⁷En el contexto de una investigación de los activos es necesario inspeccionar objetos como libros, registros, recibos, notas, estados de cuentas bancarias, registros telefónicos, documentos impositivos, registros de inversiones, transacciones comerciales, planes comerciales y registros inmobiliarios. Además, otros objetos que se pueden buscar e incautar son registros y llaves de cajas fuertes, facturas de tarjetas de crédito o información al respecto, pasaportes y documentos de viaje.

³⁸Una memoria “flash” es un periférico que normalmente se encuentra durante las inspecciones; la cantidad de información que se puede almacenar en una memoria incautada de 1,2 GB (un tamaño normal) es impresionante: equivale a 374.000 páginas.

153. Por último, es importante distinguir entre la inspección de domicilios particulares y de instalaciones comerciales cuando se inspeccionan documentos y equipos electrónicos, como computadoras personales. Si el lugar en el que se realiza la inspección es un local comercial en marcha con redes de computadoras y servidores, o se trata de un despacho profesional, como el bufete de un abogado, la orden debe contener los términos y condiciones sobre la manera en que se habrán de abordar las comunicaciones privilegiadas (secreto profesional). Los investigadores planifican sus inspecciones teniendo en cuenta el lugar, las personas y los objetos que se habrán de inspeccionar. Una computadora personal puede fácilmente contener información equivalente a una habitación llena de documentos, por lo cual el alcance de la inspección puede resultar muy amplio.

154. Una vez realizada la inspección, quizás haya que tramitar procedimientos secundarios y conexos. Si se incautan documentos privilegiados, el profesional o su cliente podrán inmediatamente impugnar la orden o la incautación. En otros casos, la ejecución de la orden de inspección o incautación puede comenzar a hacer correr los plazos para la iniciación del procedimiento o para que se deban devolver los objetos incautados. Por último, cuando la ejecución de la inspección revele que se está realizando la investigación, la consecuencia puede ser que comiencen a desaparecer los activos.

155. Es vital realizar un análisis del material incautado durante la inspección. El material incautado se volverá obsoleto rápidamente. Quizás también aporte información sobre otros lugares que habrá que inspeccionar. También puede ofrecer una valiosa información histórica y confirmatoria. Asimismo, puede aportar información sobre registros bancarios y financieros de otro tipo, vínculos con el extranjero y alertar sobre los próximos pasos en la investigación sobre la ubicación de los activos. En esencia, se pueden obtener pistas que podrán seguirse en otros lugares, incluidos distintos locales comerciales.

1. Inspecciones que afectan a terceros

156. El investigador puede estar autorizado para obtener información o pruebas de terceros que pueden ser inocentes o cómplices en las actividades de la organización delictiva³⁹. Los hechos específicos de cada investigación determinarán la manera en que el investigador trate a esos terceros. Si la investigación es encubierta, la inspección se realizará de una manera diferente de cuando la persona investigada ya sabe que se está realizando la investigación. El investigador siempre debe sopesar el riesgo de que el tercero pueda informar al investigado de que las autoridades están buscando información que de otro modo sería confidencial, y esa consideración también debe tenerse en cuenta para determinar el momento en que se habrá de realizar la inspección.

157. En algunas jurisdicciones las leyes o disposiciones pueden retrasar la verificación de la recepción de las órdenes de investigación para la revelación de información, presentación de documentos o incautación; es importante recordar que con ello solo se logra una demora.

158. La inspección de un local comercial tal vez se pueda realizar de una manera similar a la de un domicilio particular o quizás sea menos intrusiva. En el caso de una inspección más intrusiva, en virtud de la orden de inspección o de la autoridad que les confiere la ley, las autoridades entrarán al local, realizarán la inspección y procederán a la incautación. En el caso de inspecciones menos intrusivas, las autoridades notificarán la orden que exige la revelación de información o la presentación de documentos y dejarán en manos de la empresa el cumplimiento de la orden.

³⁹Por ejemplo, un tercero puede ser un abogado, un contador o una empresa, incluida una institución financiera.

159. Cuando se requiere una orden para la revelación de información o la presentación de documentos, el trámite de la solicitud es sustancialmente similar al exigido para obtener una orden de inspección. Se debe actuar con mucho cuidado al redactar esas órdenes. En algunas jurisdicciones tal vez sea normal la exigencia general de presentar “todos los documentos que pueden estar relacionados con el delito especificado”, lo que puede dar como resultado la recepción de miles de documentos irrelevantes.

160. En algunos casos, la empresa quizás elimine periódicamente datos después de un plazo especificado. Un ejemplo de ello es el almacenamiento de mensajes electrónicos a través de proveedores de servicios de Internet. Este problema no tiene importancia en el caso de las instituciones financieras, ya que las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera y normalmente las leyes bancarias imponen una obligación más estricta de conservar los registros. Cuando en una investigación se ha expedido una orden para inspeccionar un local comercial en la que el plazo de retención de los registros es breve, quizás se necesiten solicitudes con términos adicionales a fin de ejecutar una orden que exija a ese negocio conservar sus registros por un plazo mayor, por ejemplo hasta que concluya el enjuiciamiento. Los investigadores deben debatir esta cuestión con las autoridades centrales del Estado cuando determinen que será necesario presentar una solicitud en otro país.

P. Revelación de información de los registros financieros

161. El investigador de los activos quizás descubra vínculos con instituciones financieras u asesores financieros a través de distintas fuentes de información reunidas en el curso de la investigación general. Tal vez la fuente inicial sea el informe de la unidad de inteligencia financiera respecto de una transacción sospechosa o un análisis de documentos desechados, encontrados en la basura de la parte que es objeto de investigación. Cualquiera que sea la fuente, el investigador quizás decida realizar una inspección o utilizar otro tipo de orden para obtener información de los bancos u otras instituciones no bancarias.

162. El punto de partida básico puede ser una solicitud de cumplimiento y asistencia voluntaria. Al adoptar ese criterio, el investigador debe tener en cuenta las leyes de protección de datos de su jurisdicción y otras normas que imponen a los bancos y otras entidades no bancarias obligaciones respecto del blanqueo de dinero. En todo análisis que se haga sobre esta cuestión, debe reconocerse la labor desempeñada por el Grupo de Acción Financiera respecto de los bancos y otras entidades no bancarias, junto con la del Banco de Pagos Internacionales. Colectivamente, esas organizaciones y sus entidades conexas han establecido obligaciones rigurosas en cuanto a la diligencia debida respecto del cliente y otras expectativas similares, incluida la conservación de los registros.

163. Es esencial que en una orden de obtención de información de una entidad financiera, incluidas las entidades no bancarias, se solicite el acceso a la apertura de la cuenta y a los registros de diligencia debida respecto del cliente⁴⁰. Es obligatorio mantener un programa de cumplimiento de las normas contra el blanqueo de dinero y actualizar periódicamente la información relativa a “conocer al cliente”. El acceso a los datos relacionados con la cuestión de “conocer al cliente” y su posterior examen, una información distinta de la relativa a transacciones financieras concretas, puede aportar una confirmación esencial de que se ha identificado la cuenta correcta correspondiente a la persona investigada.

⁴⁰El alcance de esos registros y las obligaciones de la institución varían según el cliente. Esto se ejemplifica en el concepto de “personas expuestas políticamente” y la elaboración de respuestas a fin de abordar esa obligación en la recomendación 12 revisada del Grupo de Acción Financiera.

164. En algunos casos, el programa de cumplimiento de las normas contra el blanqueo de dinero puede incluir información reunida por el banco sobre la fuente de fondos respecto de transacciones específicas. En otros casos, en esos registros se pueden identificar testigos u otras fuentes de información.

165. Posteriormente, es necesario obtener órdenes de revelación de información o presentación de documentos o, si procede, de inspección, de todas las actividades pertinentes relacionadas con la cuenta. Esa información se debe examinar cuidadosamente en el caso de transferencias electrónicas, actividad de las tarjetas de crédito y de débito, incluidos los pagos hechos con esas tarjetas, y otras corrientes de efectivo realizadas por conducto de la cuenta. En el caso de las tarjetas de débito, el lugar en donde se realiza la transacción puede servir para saber por dónde ha viajado la persona investigada. Esa información puede corroborar o complementar la vigilancia realizada respecto de la persona investigada. También es necesario solicitar y obtener información relativa a la actividad bancaria vinculada a la cuenta. Esto permitirá obtener nuevas pistas para la investigación y quizás aporte pruebas contradictorias sobre quién es el verdadero dueño de un bien.

166. Se debe procurar información o pruebas relativas a los depósitos o retiros pertinentes de la cuenta. El dinero depositado en la cuenta se debe identificar y se deberán obtener copias de los cheques (frente y revés), ya que quizás queden al descubierto personas hasta ahora desconocidas que puedan resultar de interés para la investigación. Tal vez en esos cheques también se hayan escrito notas adicionales que puedan ser pertinentes para la investigación.

Q. Transferencias electrónicas

167. Para un investigador de activos, las transferencias electrónicas son un indicio característico⁴¹. El traslado de dinero por medio de transferencias electrónicas es seguro y eficaz. De esta manera el grupo delictivo organizado puede aprovechar la estructura financiera mundial para resguardar, ocultar y blanquear dinero. Esas transferencias pueden ofrecer al investigador varias piezas cruciales de información o prueba. Pueden revelar la existencia de otras instituciones financieras vinculadas a la persona investigada. En el mismo documento de transferencia figuran el originador y el beneficiario.

168. En el *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*⁴², preparado en virtud de la iniciativa para la recuperación de activos robados, el proceso de transferencia electrónica se resume de la siguiente manera:

El procedimiento más comúnmente utilizado por los bancos para comunicarse mutuamente las instrucciones de transferencia es el acceso a un sistema financiero especial de telecomunicaciones conocido como Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT). En lo que respecta al traslado real de dinero, los dos principales sistemas de pago interbancario mayorista son Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) y Fedwire

⁴¹La recomendación 16 del Grupo de Acción Financiera relativa a las transferencias electrónicas reemplazó a la recomendación especial VII sobre financiación del terrorismo. En ella se establece lo siguiente: “Los países deben asegurar que las instituciones financieras incluyan la información sobre el originador que se requiere, y que esta sea exacta, así como la información requerida sobre el beneficiario, en las transferencias electrónicas y mensajes relacionados, y que la información permanezca con la transferencia electrónica o mensaje relacionado a lo largo de toda la cadena de pago. Los países deben asegurar que las instituciones financieras monitoreen las transferencias electrónicas con el propósito de detectar aquellas que carezcan de la información requerida sobre el originador y/o beneficiario, y tomar las medidas apropiadas”.

⁴²Jean-Pierre Brun y otros, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington D.C., Banco Mundial, 2011), pág. 64.

Funds Service (Fedwire). Además, con frecuencia, para transferir entre instituciones fondos de sus clientes, los bancos utilizan sistemas de pago directo “banco a banco” u otros sistemas de pago mediante intermediarios.

...

Las transferencias reales de fondos se realizan mediante “transferencias contables” en las que quizás participe un banco corresponsal. Una transferencia contable es esencialmente un proceso contable que físicamente traslada fondos de una cuenta a otra. Si tanto el cliente originador como el beneficiario tienen una cuenta en la misma institución financiera, se puede realizar una transferencia contable interna. Cuando la transferencia se realiza entre dos instituciones financieras no relacionadas, la transferencia se realiza por conducto de un banco corresponsal o intermediario.

169. El mensaje de transferencia electrónica es crucial para poder analizar plenamente la transacción, y los autores recomiendan a los especialistas que obtengan información sobre la transferencia tanto en el formato de planillas de cálculo como con el formulario de confirmación. Esa información se puede comparar luego con la obtenida por conducto de la obligación de diligencia debida respecto del cliente y los perfiles de los clientes.

170. También se hace referencia al uso de distintas variantes en el nombre SWIFT:

Un examen de los distintos portales SWIFT utilizados únicamente para clientes bancarios privados dentro del banco y sus distintas sucursales quizás permita descubrir transacciones realizadas con posibles permisos especiales celebradas a través de esos portales. Las variantes del nombre SWIFT utilizadas por la institución financiera tal vez dejen al descubierto la realización de transferencias por distintos canales. Quizás un banco tenga diferentes departamentos para las transferencias electrónicas, o utilice distintas direcciones o medios internos de identificación. Para asegurarse de que los portales y las variantes del nombre figuren en la orden de producción de registros bancarios, los especialistas deben considerar reunir esa información celebrando entrevistas con los funcionarios bancarios (por ejemplo, con los oficiales encargados del cumplimiento)⁴³.

171. La cuestión de las transferencias electrónicas internacionales es compleja. Quizás supere la experiencia de muchos investigadores de activos. En consecuencia, deberán consultar con los expertos locales, por ejemplo, con su supervisor en cuestiones bancarias. En definitiva, se deben utilizar los registros para seguir el rastro del dinero, sin que importe cuán complejo sea el camino que este haya seguido.

R. Registros contables comerciales

172. Los registros financieros obtenidos mediante la utilización de órdenes expedidas contra bancos y otras instituciones aportarán un gran volumen de pruebas e información de inteligencia respecto de la persona investigada. Si la persona investigada se ha valido de empresas e instrumentos comerciales, esas empresas deben llevar registros contables que, en su debido momento, deberán ser comprobados contra los registros financieros obtenidos de los bancos.

⁴³ *Ibid.*, pág. 66.

173. La referencia cruzada de los registros contables comerciales puede ser una tarea compleja, pero esencial, en muchas investigaciones de activos⁴⁴. Se sugiere que en todo grupo de tareas dedicado a la delincuencia organizada se incluya un contador forense, que será quien estará en mejores condiciones de analizar en detalle los registros contables comerciales.

174. Ese análisis debe dar lugar a interrogantes sobre facturas ficticias o transacciones sospechosas. Esas facturas y transacciones aportarán pistas adicionales para la investigación de los activos.

S. Títulos de propiedad

175. En el curso de la investigación se plantearán inevitablemente interrogantes sobre la propiedad de ciertos bienes. Será necesario analizar todos los títulos de propiedad e hipotecas obtenidos a fin de conseguir la información pertinente. Al examinarse los registros de propiedad y de vehículos quizás se hayan observado notificaciones de embargo o prenda; sobre la base de que se trata de un momento adecuado en la investigación más amplia, habrá que procurar esos embargos a fin de examinarlos para obtener la información financiera pertinente, con inclusión del nombre y la identificación del titular del embargo. Si el bien es un vehículo y no está prendado, será posible determinar la manera en que la persona investigada pagó el vehículo, por ejemplo en efectivo. El mismo criterio se aplica a las joyas u objetos de colección costosos o a las facturas por reparaciones relativas al bien en cuestión. Si la persona investigada paga las reparaciones, eso puede constituir una prueba de que es su dueña. El método de pago de las facturas (por ejemplo, en efectivo) quizás abra nuevas vías a la investigación.

176. Este tipo de investigación puede consumir mucho tiempo, pero es invaluable. Resulta especialmente pertinente si el investigador de los activos está considerando la posibilidad de si se deben incautar o embargar los bienes para su posterior decomiso. Quizá se descubra que las deudas que gravan el bien puedan quitar todo valor al posible decomiso. Tal vez se descubran otras personas a las que se puede interrogar. Las mismas consideraciones se aplican a todo bien registrado a nombre de otra persona, en el caso de que la persona investigada sea quien aparentemente tiene el control sobre ese bien.

177. Por último, estas cuestiones también deben examinarse cuando los investigadores determinen que familiares cercanos o amigos de la persona investigada tienen en su poder los bienes en nombre de esta. Esa labor es tan importante como la realizada para lograr acceso a los registros financieros y comerciales.

T. Recopilación de las pruebas reunidas

178. La práctica de preparar un expediente con información sobre la persona investigada ya se examinó en párrafos anteriores. Al concluirse una investigación sobre los activos, es esencial establecer un cuidadoso y estructurado perfil financiero y de los activos. El investigador debe realizar un análisis amplio de la manera en que los distintos registros financieros y los activos localizados se relacionan entre sí. Ese documento se debe preparar de manera tal que el fiscal o el oficial instructor puedan determinar rápidamente cuáles son las pruebas relacionadas con los bienes mal habidos. Por otra parte, en un sistema de decomiso basado en el valor, se deberá establecer el valor

⁴⁴El análisis de auditoría interna en la causa Siemens (véase el recuadro 4) es un ejemplo de la importancia de ese tipo de material.

neto de la persona investigada y el valor de la totalidad de su patrimonio. Un contador forense puede realizar ese tipo de análisis con la asistencia de los investigadores de activos.

179. El perfil de los activos ayuda a preparar la causa de decomiso o a establecer un juicio de valor. Ese perfil debe incluir los nombres de todas las instituciones pertinentes, los números y tipos de todas las cuentas bancarias pertinentes, la apertura de la cuenta pertinente, la información relativa al tema “conocer al cliente”, la actividad de la cuenta y toda información conexas. Para resumir la información de manera que sea útil al fiscal o al oficial instructor también se pueden incluir planillas de cálculo, gráficos, organigramas, presentaciones de PowerPoint u otros instrumentos similares.

180. Corresponde a los investigadores reunir todas las pruebas e información de inteligencia que habrán de utilizar el fiscal o el oficial instructor. Para ello quizás sea necesario que el investigador establezca el valor neto de la persona investigada, con la asistencia del contador forense⁴⁵. Con ese fin se puede realizar un análisis del valor neto de la persona investigada.

181. Utilizando esa información, se puede proceder a presentar las solicitudes que corresponda para incautar o embargar bienes para su posterior decomiso, o bien solicitudes para obtener un juicio de valor. En una situación ideal, la investigación de los activos finalizaría simultáneamente con la investigación de fondo. En la práctica esto no siempre sucede, pero después de la detención siempre es posible iniciar un procedimiento de decomiso basado en el valor.

⁴⁵El valor neto se calcula teniendo en cuenta el valor de los activos y los ingresos descubiertos durante la investigación, junto con la declaración patrimonial declarada oficialmente por la persona investigada, por ejemplo en los registros y formularios impositivos. En el anexo II del presente manual figura más información al respecto.

VI. Medidas provisionales de preservación de los activos hasta que se proceda al decomiso

A. Sinopsis

182. En el transcurso de una investigación de los activos se descubrirán distintos bienes. Los investigadores quizás observen que las personas investigadas llevan un estilo de vida extravagante y gastan grandes sumas de dinero y pueden considerar que ese grupo les ofrece una buena oportunidad para identificar activos valiosos que se pueden decomisar. Esa perspectiva, si bien es interesante, es secundaria frente al objetivo más importante de la investigación de obstaculizar e incluso dar por terminadas las actividades del grupo delictivo. Sin embargo, el decomiso de activos es uno de los objetivos establecidos en la Convención contra la Delincuencia Organizada, según se prevé en su artículo 12, que incluye la exigencia de adoptar medidas encaminadas a embargar o incautar el producto y los instrumentos del delito.

183. En los capítulos IV y V se examinó la utilización de grupos de tareas conjuntas y de investigadores de activos a fin de localizar el producto y los instrumentos del delito. Si bien en teoría el objetivo es incautar y eventualmente decomisar todos los productos e instrumentos, en la práctica lo que ocurre es que en el transcurso de la investigación algunos activos se pierden o son consumidos o se deprecian en tal grado que su decomiso no resulta viable. A pesar de ello, quizás se presente la oportunidad de procurar una orden basada en el valor o una pena financiera como sustituto por la disipación del producto o los instrumentos. Esto se examinará en el capítulo VII. En el presente capítulo se examinará el hecho de que las investigaciones de la delincuencia organizada y de la localización de activos quizás duren meses o incluso años y que se pueden aplicar medidas provisionales de preservación, llamadas normalmente medidas provisionales, a fin de resguardar los activos hasta que se puedan iniciar los procedimientos de decomiso.

184. Es completamente comprensible que el grupo delictivo organizado objeto de la investigación, sus amigos, familiares o terceros inocentes impugnen enérgicamente las medidas provisionales que afecten a sus bienes. Las medidas provisionales previstas en la Convención contra la Delincuencia Organizada, que se habrán puesto en práctica en la jurisdicción de cada Estado con arreglo a su legislación nacional, pueden ser de carácter administrativo⁴⁶ y pueden aplicarse en cualquier etapa de la investigación⁴⁷ o, en muchos casos, solo se puede recurrir a ellas una vez que se hayan formulado cargos penales. Es vital que esas medidas se adopten lo antes posible, de conformidad con los objetivos de la investigación en general, a fin de resguardar esos bienes. La protección de terceros inocentes y de las personas afectadas por esas órdenes son algunas de las cuestiones esenciales que deben considerarse, cualquiera que sea el criterio que se aplique.

⁴⁶En ocasiones las normas sobre incautación, como ocurre muchas veces en los casos de incautación aduanera, incluyen algunas características del decomiso.

⁴⁷Un ejemplo de medida a la que se puede recurrir en cualquier etapa de la investigación es el decomiso sin condena, para el cual no se requiere haber formulado cargos penales. Algunos regímenes de decomiso basados en la condena también permiten la adopción de medidas provisionales mucho antes de que se formulen los cargos.

B. Terminología

185. El artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada exhorta a los Estados parte a que adopten medidas que los autoricen a incautar o decomisar activos, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno. El primer concepto, incautación, se comprende perfectamente. El bien queda bajo el poder y el control del Estado y el propietario pierde la posesión física. La incautación puede ser el resultado directo de una acción de las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley o bien se puede producir atendiendo a una orden oficial que obligue al investigador a realizar la incautación. En todos los casos, el propietario pierde el control sobre el bien, pero no la propiedad.

186. Por otro lado, el embargo es más especializado. En la orden de embargo el propietario puede mantener la tenencia física del bien, pero se imponen términos y condiciones específicos sobre su uso, o se le prohíbe vender, alquilar, destruir o disminuir de otro modo el valor del bien mientras la orden esté vigente. Según la jurisdicción, también se la denomina orden de “bloqueo”, “congelamiento” o “preservación”. A los fines del presente capítulo, se utilizará el término “orden de preservación”. Normalmente son las autoridades judiciales las que expiden las órdenes de preservación, aunque en algunas jurisdicciones los fiscales e incluso algunos organismos (como la unidad de inteligencia financiera) están autorizados a expedir órdenes de preservación de corto plazo.

187. Cuando en una jurisdicción determinada se expide una orden de preservación o embargo en relación con una cuenta bancaria, lo importante es que el efecto de la orden sea que el propietario pierda el control sobre los activos durante el plazo determinado en la orden.

C. Requisitos de la orden de preservación o incautación

188. Cuando la expedición de la orden corresponde a la autoridad judicial, las solicitudes de preservación e incautación deben estar respaldadas con pruebas. Si se otorga la facultad de incautar o preservar, los investigadores o el organismo deben ejecutar la orden. Es necesario notificarla, tal vez registrarla en el caso de ciertos bienes, y se deben respetar sus términos y condiciones. Si la orden debe ser ejecutada por una autoridad distinta de las encargadas del cumplimiento de la ley, a menudo la legislación restringe las facultades de aquella, que podrían aumentarse si así se dispusiera en la orden de preservación.

189. La expedición de la orden quizás resulte problemática para el tribunal porque los activos especificados no constituyen por sí mismos pruebas en un enjuiciamiento penal. En el caso de activos elegidos para su decomiso a raíz de una actividad delictiva, la preservación se justifica para velar por que en el futuro se pueda ejecutar la recuperación de los bienes tras un proceso de recuperación. Los instrumentos del delito se pueden incautar porque constituyen prueba del delito y, sin embargo, también están sujetos a una orden de preservación para su posterior decomiso, ya sea en el contexto de la facultad de incautar o en virtud de una solicitud de decomiso posterior a la condena.

190. Al examinar si debe expedir o no una orden de preservación o incautación, el tribunal deberá tener presente el requisito de que se haya cometido un delito que ha generado un producto o que existe un vínculo entre los activos y la actividad delictiva o el estilo de vida del sospechoso. Las pruebas presentadas en apoyo de la solicitud deben satisfacer el estándar de prueba de una orden provisional. Como la orden de preservación o incautación es una medida provisional, en el sentido

de que todavía no ha comenzado el enjuiciamiento penal o la demanda civil, quizás el estándar de prueba necesario sea menos estricto que el que se aplica en el enjuiciamiento propiamente dicho. Además, puede que la ley establezca la condición previa de que el proceso penal ya haya comenzado o de que esté a punto de comenzar. Esto puede tener consecuencias importantes respecto de la decisión de solicitar la orden de preservación⁴⁸. Sin embargo, toda sugerencia de que ese tipo de condición previa puede afectar la localización y el decomiso de los activos es especulativa. Ello se debe a que, cada vez que se expide una orden de preservación, las personas investigadas toman conocimiento de que se está realizando una investigación.

191. Además de valerse de medidas provisionales en las investigaciones internas con arreglo al artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los investigadores deben tener plenamente en cuenta el mecanismo de cooperación internacional a los fines del decomiso con arreglo al artículo 13. Deben trabajar en colaboración estrecha con la autoridad central del Estado, utilizando como fuente de información el *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Las obligaciones que impone el artículo 13 son precisas y están reforzadas por las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera, especialmente las recomendaciones 37 y 38 que se citan a continuación.

El texto de la recomendación 37 es el siguiente:

“Los países deben prestar rápida, constructiva y eficazmente el mayor rango posible de asistencia legal mutua con relación a investigaciones, procedimientos judiciales y procesos relacionados con el lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Los países deben contar con una base jurídica adecuada para prestar asistencia y, cuando corresponda, deben tener establecidos tratados, acuerdos u otros mecanismos para mejorar la cooperación. En particular, los países deben:

- a) No prohibir, o dar lugar a condiciones restrictivas poco razonables o indebidas, en la prestación de asistencia legal mutua.
- b) Asegurar que cuenten con procesos claros y eficaces para la priorización y ejecución oportuna de solicitudes de asistencia legal mutua. Los países deben también utilizar una autoridad central u otro mecanismo oficial establecido, para la transmisión y ejecución eficaz de las solicitudes. Para monitorear el progreso de las peticiones, debe mantenerse un sistema de administración de casos”.

El texto de la recomendación 38 es el siguiente:

“Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe incluir ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de derecho interno. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados”.

⁴⁸En algunas jurisdicciones se pueden expedir órdenes de preservación en cualquier momento, siempre que el tribunal considere que los activos especificados podrán ser decomisados posteriormente.

D. Solicitud

192. Las diferencias entre las jurisdicciones de *common law* y de derecho continental respecto de la solicitud de una orden de preservación, que es similar a las órdenes de inspección o revelación descritas en el capítulo V, son más de forma que de fondo. En el *common law* se exige una solicitud por escrito, respaldada por una declaración jurada o la declaración de un testigo. En la declaración jurada debe figurar la información de los hechos (pruebas) con que cuenta el investigador y el convencimiento de este en la exactitud de esa información. La declaración jurada puede incluir información obtenida de terceros si la persona que efectúa la declaración cree que esa información es exacta. En las jurisdicciones de derecho civil quizás exista una obligación diferente de mencionar los hechos que respaldan la solicitud, pero en ambos sistemas la decisión final que adopta el funcionario judicial es similar.

193. En toda solicitud de orden de preservación es razonable asumir que es probable que la posterior orden de decomiso no tenga éxito. Se puede incurrir en costas y daños. En algunas jurisdicciones se exige prometer al tribunal que esas costas y daños, una vez determinados por este, serán pagados por el Estado. Ello se debe tener en cuenta en la etapa de planificación de la preservación de los bienes. En otras jurisdicciones en las que no se requiere esa promesa, esa misma cuestión debe examinarse antes de presentar la solicitud de preservación, ya que inevitablemente se solicitará el pago de esos daños si la solicitud de decomiso o el fallo fueran infructuosos.

194. Dada la naturaleza de los bienes objeto de la solicitud, constituye una buena práctica que las solicitudes para su preservación se tramiten sin la participación del afectado, ya que una causa de preocupación es que el propietario de esos bienes pueda de inmediato disiparlos o trasladarlos una vez notificado de la medida. Pero una buena práctica no es sinónimo de obligación. La práctica varía entre distintas jurisdicciones, ya que en algunas se ordena concretamente el procedimiento sin la participación del afectado, mientras que en otras se lo autoriza si la documentación de apoyo permite sospechar la posibilidad de que se disipen los activos. En otros sistemas se permite un embargo o incautación por un plazo breve hasta que se celebre una audiencia relativa a la expedición de una orden de preservación de largo plazo.

195. La cuestión del procedimiento sin la participación del afectado, en oposición a la notificación de la solicitud de preservación, ha sido objeto de debate. Se puede considerar que se trata de una cuestión simplemente especulativa, ya que la parte afectada (terceros de buena fe) puede impugnar rápidamente la orden de preservación. En esencia, el hecho de que la solicitud se tramite sin la participación del tercero solo demorará la inevitable impugnación. En algunas jurisdicciones también se exige notificar al afectado, junto con la orden, una transcripción de partes del procedimiento celebrado sin su intervención, de manera que así resultará más fácil impugnar la orden. Los criterios aplicados son muy variados: por ejemplo, en el Reino Unido, las órdenes de preservación se expiden sin la participación del afectado, pero posteriormente a este se le notifica una transcripción del procedimiento, mientras que en Jamaica se permite expedir una orden de preservación de 28 días de duración sin la participación del afectado, después de lo cual se celebra una audiencia entre las partes. Cualquiera que sea el criterio adoptado, es importante recordar que es inevitable que esas órdenes habrán de ser impugnadas.

196. El problema principal de estas solicitudes lo crea su propia naturaleza. El investigador de activos, junto con el encargado de su gestión y los fiscales, deben considerar los términos y condiciones específicos que deseen que el tribunal incluya en la orden de preservación. Es un error presumir ciegamente que habrá una adhesión inmediata a toda orden de preservación o que habrá un interés continuo en mantener los bienes una vez que estos han sido embargados.

E. Planificación temprana de la preservación

197. En cualquier momento de una investigación de los activos se puede pedir una orden de preservación, especialmente si existe la inquietud razonable de que los bienes pueden desaparecer, ser disipados o perderse. Sin embargo, como se menciona en el capítulo V *supra*, una orden de preservación prematura crea el riesgo de que las personas investigadas tomen conocimiento de que un organismo encargado del cumplimiento de la ley está interesado en sus actividades, o que confirmen su sospecha al respecto. En consecuencia, los investigadores, los fiscales u oficiales de instrucción deben considerar cuidadosamente el momento en que se debe presentar la solicitud de preservación.

198. Además, como se examina más adelante, quizás algunos de los activos estén fuera de la jurisdicción y, sin embargo, sean pertinentes para una posterior solicitud de decomiso⁴⁹. En tales casos se debe evaluar cuidadosamente la posibilidad de ejecutar una orden de preservación en otra jurisdicción por conducto del proceso de asistencia judicial recíproca⁵⁰. El artículo 14 de la Convención contra la Delincuencia Organizada aborda parcialmente esa cuestión. También se la aborda en algunos acuerdos internacionales y bilaterales⁵¹. Lo importante es reconocer que el investigador no debe dejar de interesarse en el decomiso de bienes que se encuentran fuera de su propia jurisdicción.

199. El hecho de que en una jurisdicción determinada se aplique al decomiso el criterio basado en el valor o el basado en los bienes puede afectar a la decisión de presentar una solicitud de orden de preservación. Si la orden se basa en el valor, es necesario depender de un bien mal habido especificado a fin de satisfacer al tribunal. Por el contrario, si se contara con pruebas de que se trata de un bien mal habido, se debe considerar la posibilidad de obtener una orden de preservación contra ese bien a fin de asegurar que se satisfagan los requisitos del tribunal. Para justificar una orden de preservación también se pueden aplicar presunciones en el sentido de que los bienes son mal habidos.

200. Esas presunciones se pueden hacer en relación con regalos, transferencias de bienes a cambio de un precio bajo o activos mantenidos a nombre de la persona objeto de la investigación. La legislación local determinará la manera en que se habrá de abordar esa cuestión. Los hechos cumplen una función importante y la investigación de los activos deberá aportar algunas pruebas en apoyo de esas presunciones y para rebatir las inevitables afirmaciones que hagan los amigos, familiares, empresas o socios comerciales de la persona investigada en el sentido de que son ellos los propietarios del bien. En esa etapa, es suficiente simplemente considerar esta cuestión, que se presentará en todo procedimiento de decomiso o cuando se impugne la expedición de la orden de preservación. Los investigadores, el fiscal y los oficiales de instrucción deben determinar si se justifica solicitar una orden de preservación.

⁴⁹Esto es especialmente cierto en el caso de los grupos delictivos organizados más importantes: quizás el grupo o sus cabecillas tengan inversiones y bienes en todo el mundo derivados directa o indirectamente de sus actividades delictivas.

⁵⁰En el caso de una investigación conjunta con otros Estados parte, los investigadores y fiscales deben aportar esa información relativa a sus propios países. Si no existieran investigadores o fiscales, se podrán consultar los informes de evaluación mutua preparados y publicados por el Grupo de Acción Financiera y sus organismos regionales asociados. En el análisis exigido con arreglo a las recomendaciones 3.28 y 38 se indica si el país en donde se encuentran los bienes puede o no prestar asistencia.

⁵¹Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

201. En el recuadro 9 *infra* se indican algunas de las consideraciones que se deben tener en cuenta para la preservación de los bienes.

Recuadro 9. Consideraciones para la preservación de activos

Al considerar la preservación de activos, el investigador deberá hacerse las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son los requisitos jurídicos en la jurisdicción requerida?
- ¿Tienen los activos un valor suficiente que justifique su preservación?
- ¿Hay terceros de buena fe que pueden verse afectados innecesariamente?
- ¿Si los bienes están fuera de la jurisdicción, cooperará el otro país en la ejecución de la orden de preservación?
- ¿Es necesario considerar que habrá que pagar dietas o gastos que se podrán recuperar con el bien preservado (por ejemplo, gastos comerciales, de subsistencia y jurídicos)?
- ¿Se presentan en relación con los testigos o la persona investigada cuestiones de privilegio, prueba o inmunidades?
- ¿Con qué rapidez se formularán los cargos, o hay un plazo específico para ello?
- ¿Es posible formular cargos penales? (Por ejemplo, tal vez haya que tener en cuenta el plazo de prescripción).
- ¿Se prevén en relación con los activos problemas específicos respecto del costo de su gestión? (Por ejemplo, qué es lo que prevé hacer el Estado con esos bienes).

En esta etapa también es importante que los investigadores examinen imparcialmente la necesidad y la justificación de solicitar una orden de preservación. En el anexo I figura una lista de cuestiones que pueden tener consecuencias individuales o colectivas en esa decisión.

202. En este proceso de examen se debe dar prioridad a dos cuestiones igualmente importantes, la primera relacionada con los terceros de buena fe y la segunda con el posible costo de la gestión de los activos. La orden de preservación no debe afectar indebidamente a terceros de buena fe. Si los hubiera, los investigadores invariablemente serán parte en un litigio inmediato e innecesario relativo a solicitudes de indemnización, a las que quizás no estén en condiciones de hacer frente antes del decomiso. También, según sean los hechos y los términos de la orden de preservación, quizás los costos de gestión sean mayores que el valor de los bienes una vez que haya tenido éxito la solicitud de decomiso. Estas son razones importantes para decidir que no procede presentar la solicitud de preservación, teniendo en cuenta el riesgo de que esos bienes no estén disponibles para un posterior decomiso.

203. De presentarse dudas respecto de las demás cuestiones que figuran en el recuadro 9, los investigadores, fiscales y oficiales de instrucción deberán volver a examinar su interés en presentar una solicitud de preservación. En definitiva, hay que tener en cuenta que siempre es posible recurrir al decomiso y a otras alternativas. No es necesario preservar el bien como condición previa para procurar una orden de decomiso.

F. Gestión de los activos

204. El costo de la gestión de los activos puede convertirse en cualquier momento en un problema inesperado. Parece ser común la presunción de que los bienes se gestionan por sí mismos y que la preservación se puede lograr simplemente ordenando al propietario que no los venda ni disipe hasta que se presente la posterior solicitud de decomiso. Si el bien es una vivienda, se deteriorará a menos que el propietario la mantenga. Si se trata de un comercio, quizás se deteriore si no se lo gestiona y financia adecuadamente. Si el propietario estaba manteniendo la propiedad o el comercio con sus actividades ilícitas, es válido presumir que dejará de utilizar esos recursos para mantener el bien. En ese caso, ¿es incluso viable la gestión de los bienes después de que se haya expedido la orden de preservación sin la aportación de dinero ilícito? ¿Está desperdiciando el dinero el administrador tratando de mantener ese tipo de comercio? También es común que las personas investigadas abandonen esos bienes o pierdan interés en mantenerlos con la misma atención que se les prestaba antes de la orden de preservación.

205. Además, cuando en virtud de una orden de preservación se reemplaza a los encargados de un establecimiento comercial en marcha, también puede ser un problema la lealtad de los empleados o administradores. La investigación de los activos debe haber demostrado que ese establecimiento comercial estaba generando ingresos. Sin embargo, esa misma investigación quizás demuestre que los gastos estaban subsidiados por actividades delictivas. Ese subsidio puede cortarse en cualquier momento. De hecho, por consideraciones de política pública ningún Estado aceptaría la continuación de ese tipo de subsidio⁵².

206. La cuestión es todavía más difícil de evaluar si en el comercio hay socios que son verdaderamente inocentes. La orden de preservación se podría aplicar contra los intereses de la persona investigada, pero sin embargo puede que las consecuencias sean negativas en la operación comercial y los intereses de terceros⁵³. Tal vez el problema se pueda solucionar, pero se trata de una cuestión delicada que los investigadores y administradores de los activos deben analizar antes de solicitar la preservación.

207. Con otro tipo de activos quizás no se presenten problemas de gestión, como en el caso de las cuentas bancarias. Se presume que el banco simplemente congelará la cuenta hasta que se presente la solicitud de decomiso. Sin embargo, si la orden de preservación es rígida, podría haber consecuencias respecto de las instrucciones sobre pagos pendientes, obligaciones hipotecarias, pago

⁵²En la causa del Canadá a la que se hizo referencia en la nota 25 *supra*, los delinquentes eran los propietarios de la empresa que operaba el negocio. Inmediatamente dejaron de pagar los gastos. Una vez embargados los activos, se debió adoptar la decisión de si la empresa habría de seguir funcionando o si correspondía clausurarla. Con arreglo a lo establecido en la orden de preservación, se encomendó la administración a un síndico contratado particularmente. El capital para financiar los gastos de funcionamiento tuvo que ser aportado por el gobierno. A raíz de esa causa, se decidió establecer para los bienes incautados un administrador de activos del sector público.

⁵³No se trata de una cuestión intrascendente. El artículo 12, párrafo 8, de la Convención contra la Delincuencia Organizada establece que las disposiciones de ese artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

de préstamos y otras obligaciones similares⁵⁴. Si la orden de preservación está incorrectamente redactada, también podrían presentarse problemas con bonos, acciones y otro tipo de valores. Si la orden se obtiene en nombre de otro Estado, es esencial celebrar consultas y contar con un plan de gestión claro. En las consultas se debe incluir el debate sobre plazos precisos para la adopción de medidas en el Estado requirente.

208. Por último, es importante comprender y al mismo tiempo rechazar los argumentos que plantean algunos investigadores en el sentido de que se deben solicitar órdenes de preservación respecto de todos los bienes pertinentes. Si bien parecería deseable incautarse de todo automóvil, embarcación o aeroplano utilizado por la persona investigada o de propiedad de la misma, quizás el decomiso se solicitará con tanto atraso que por la depreciación que habrán de sufrir los bienes es posible que no se justifique realizarlo. En consecuencia, en algunas jurisdicciones se establecen umbrales en el valor de los bienes para aquellos que sean de escaso valor o se puedan depreciar⁵⁵.

209. La cuestión de la planificación y la gestión de los activos se aplica a la orden de preservación y todos los trámites posteriores respecto de los bienes objeto de la medida. Esta cuestión debe considerarse teniendo presentes los criterios que figuran en el recuadro 10 *infra*.

Recuadro 10. Mejores prácticas en la gestión de activos

“E. Gestión de bienes embargados, incautados y decomisados^a

26. Para que los regímenes de decomiso sean más eficaces, se recomienda como mejor práctica que las jurisdicciones pongan en práctica un programa que les permita gestionar eficazmente los bienes embargados, incautados y decomisados. Según la naturaleza de los bienes o las circunstancias particulares del caso, la mejor manera de realizar la gestión podría ser por conducto de alguna de las personas siguientes, o de una combinación de ellas: las autoridades competentes, contratistas, síndico designado por el tribunal o la persona que tenga la posesión de los bienes con sujeción a ciertas restricciones respecto de su uso y venta.

27. Idealmente, el marco de la gestión de los activos reúne las características siguientes:

- a) Se cuenta con un marco para la gestión o la supervisión de la gestión de los bienes embargados, incautados y confiscados. Ese marco debe incluir a las autoridades que han sido designadas responsables de la gestión o supervisión de la gestión de esos bienes. También debe contemplar la autoridad jurídica para preservar y gestionar esos bienes;
- b) Se debe contar con recursos suficientes para poder hacer frente a todos los aspectos de la gestión de los activos;

⁵⁴En Canadá se han presentado algunos casos en los que los grupos de delincuencia organizada blanqueaban dinero mediante la compra (es decir, la redención) de boletos de lotería ganadores. Esos boletos pierden su valor un año después del sorteo. Los boletos fueron incautados como producto del delito y se retuvieron a la espera de la posterior orden de decomiso. Sin embargo, si la orden no permitiera el cobro de los boletos dentro del plazo de un año, esa orden de decomiso se habría aplicado a boletos de lotería sin valor.

⁵⁵En el caso de activos como viviendas utilizadas para la venta de drogas, como laboratorios clandestinos o lugares de juego, las autoridades pueden ordenar su clausura y su preservación para su posterior decomiso.

- c) Se debe realizar una planificación adecuada antes de embargar o incautar los bienes;
- d) Se prevén medidas para:
 - i) Cuidar y preservar adecuadamente los bienes, en la medida de lo posible;
 - ii) Ocuparse de los derechos del afectado y de terceros;
 - iii) Disponer de los bienes decomisados;
 - iv) Mantener registros adecuados; y
 - v) Hacerse cargo de las indemnizaciones que se deban pagar como consecuencia de las acciones judiciales iniciadas por particulares respecto de la pérdida de bienes o daños a estos.
- e) Los responsables de la gestión o supervisión de la gestión de los bienes deben estar en todo momento capacitados para prestar apoyo y asesoramiento inmediato a los organismos encargados del mantenimiento de la ley en relación con el embargo y la incautación, así como asesoramiento respecto de todas las cuestiones prácticas relativas al embargo y la incautación y su posterior tramitación;
- f) Los responsables de la gestión de los bienes deben tener conocimientos suficientes para gestionar todo tipo de bienes;
- g) Debe existir la facultad legal que permita a un tribunal ordenar la venta, en particular en los casos en que los bienes sean perecederos o se deterioren rápidamente;
- h) Debe existir un mecanismo que permita la venta de los bienes con el consentimiento del propietario;
- i) Deben destruirse los bienes cuya venta no sea procedente. Ello incluye todos los bienes que se puedan utilizar para realizar o promover actividades delictivas, bienes cuya propiedad constituya un delito penal, y bienes falsificados o que constituyan una amenaza a la seguridad pública;
- j) En el caso de los bienes decomisados, debe existir un mecanismo para transferir el título de propiedad, si procede, sin complicaciones ni demoras indebidas;
- k) Para asegurar la transparencia y evaluar la eficacia del sistema, deben existir mecanismos que permitan realizar el seguimiento de los bienes embargados o incautados; evaluar su valor al momento del embargo o la incautación y posteriormente, si procede; mantener registros de la manera en que se ha dispuesto de ellos y, en caso de venta, mantener registros del precio obtenido”.

³Fuente: documento de directrices del Grupo de Acción Financiera titulado *Best practices: confiscation (recommendations 3 and 38)*, 19 de febrero de 2010, págs. 10 y 11; basado en un texto original de la Red interinstitucional de recuperación de activos de Camden.

210. La gestión de activos también está contemplada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en el artículo 31, párrafo 3, establece lo siguiente: “Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo”.

211. Una vez que se hayan considerado debidamente las cuestiones relacionadas con la gestión de los activos y la justificación de la orden de preservación, se deben presentar al tribunal la solicitud de orden de preservación y la documentación de apoyo a fin de que se puedan expedir los mandamientos necesarios.

212. En algunos casos, en donde la jurisdicción establece que el juez de instrucción o los funcionarios equivalentes pueden expedir las órdenes de preservación necesarias, estos también deben considerar cuestiones relacionadas con la gestión de los activos. Si esas cuestiones no se detallan en las órdenes pertinentes, habrá que presentar nuevas solicitudes o revisar la orden de preservación a medida que cambien las circunstancias o se presenten problemas en la gestión.

213. Por último, siempre que se solicite una orden de preservación relativa a bienes de los que sean propietarios terceros, en la orden se debe especificar que lo que se desea preservar es el interés que la persona investigada tenga sobre ese bien. De esa manera los terceros de buena fe podrán proteger sus intereses.

G. Ejecución de la orden de preservación

214. Para que la orden sea eficaz, una vez obtenida se la debe notificar al propietario y a cualquier tercero, y también se debe realizar algún tipo de notificación pública. Ello es importante cuando el bien está registrado a nombre de la persona investigada. En otras palabras, la orden se debe notificar a instituciones como bancos, empresas de corretaje y otras organizaciones similares. También se debe realizar una notificación en los registros de bienes inmuebles y en cualquier otro registro público relacionado con las prendas y los valores. De esta manera el público en general queda notificado de la orden expedida por el tribunal y se impide que la persona investigada transfiera la propiedad a otra parte que podría aducir haberla recibido y pagado sin estar notificada de la existencia de la orden.

215. En la ejecución de una orden de preservación se dan tres hipótesis. En la primera, la orden de preservación es equivalente a una orden de incautación. En la segunda, la orden de preservación o bien congela el control del propietario sobre el bien, pero le deja la posesión, o bien se transfiere la posesión y el control del propietario o la persona que tenga la posesión a otra parte: el denominado administrador de los bienes. La tercera hipótesis se refiere a situaciones en las que el bien está ubicado fuera de la jurisdicción de quien expidió la orden.

I. Primera hipótesis

216. La primera hipótesis se aplica en general al caso de bienes tangibles e inmuebles. El investigador o la persona nombrada en la orden, por ejemplo el administrador de los bienes, se incauta físicamente del bien a menos que el tribunal ordene al propietario que debe entregarlo y este cumpla

la orden. En todo caso, cuando el encargado de la incautación es una persona distinta del investigador, se debe considerar el establecimiento de una cuidadosa coordinación entre la persona designada y las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley en interés de la seguridad personal.

217. En todos los casos en que los bienes sean obras de arte valiosas, automóviles, joyas o antigüedades, la incautación se debe realizar con cuidado. Desde el momento en que están sujetas a una orden de preservación, se los ha considerado suficientemente valiosos como para justificar su posterior decomiso. La incautación no da a las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley ni al Estado la propiedad sobre los bienes. Estos siguen siendo de propiedad de su dueño hasta que se produzca el decomiso. Los bienes incautados deben salvaguardarse aplicando medidas adecuadas de seguridad y transporte y deben almacenarse en un lugar seguro.

218. Como puede transcurrir un lapso importante entre la incautación y el decomiso, tal vez corresponda considerar y aplicar otras medidas. Una de esas medidas es que el administrador de los bienes obtenga una opinión de expertos sobre el valor de los artículos incautados. Habida cuenta del problema que entraña la proliferación de artículos falsificados, es importante determinar en esta etapa si, por ejemplo, lo que aparenta ser un valioso reloj de pulsera no es más que una mera imitación. Si no se realiza ese tipo de inspección se podría llegar al resultado no deseado de que la orden de decomiso no tenga éxito y sea necesario devolver los artículos desde el lugar en que están almacenados y después responder a una demanda por daños y perjuicios.

219. En algunas jurisdicciones la orden de incautación se utiliza para tomar el control de la cuenta bancaria. Una cuenta bancaria es un bien intangible basado en una relación entre acreedor y deudor, pero se la puede incautar por medio de una orden que especifique que la cuenta se debe cerrar y el dinero acreditarse a una cuenta del tribunal o del gobierno. En ese tipo de orden tal vez sea difícil establecer si la cuenta se encuentra fuera de la jurisdicción que desea incautar el bien. En ese caso, se aplicará la ley de la jurisdicción requerida y la cuestión se deberá tratar en el contexto de una solicitud de asistencia judicial recíproca.

220. Otro tipo de bien que se puede incautar mediante una orden de preservación es el ganado. En la orden se debe tener en cuenta el tiempo y el costo necesario para gestionar este tipo de bien, y el administrador deberá preparar un plan detallado. Quizás sea útil elaborar una lista de control, como la que figura en el anexo I, para determinar si es necesario solicitar una orden de preservación.

2. Segunda hipótesis

221. En la segunda hipótesis, el propietario mantiene posesión del bien, pero se le impide transferir el título, gravarlo (es decir, crear una deuda basada en el bien) o disipar intencionalmente su valor. En esa hipótesis, la orden de preservación debe incluir términos específicos que exijan al propietario mantener la cobertura del seguro, pagar todos los impuestos que graven el bien, pagar los servicios públicos y mantener el bien en su condición actual, con sujeción a la expectativa de que se utilice de manera razonable. En tal hipótesis, es razonable, respetando las cuestiones de privacidad, permitir que el bien sea inspeccionado periódicamente por el administrador designado.

222. Otra posibilidad es que no se permita al propietario mantener la posesión del bien. En tal caso, habrá que adecuar los términos y condiciones de la orden para que incluya consideraciones respecto de la administración del bien. En el caso de una vivienda residencial, según el uso que se le esté dando en el momento de expedirse la orden, se podrá exigir a los locatarios que ocupen la

propiedad y paguen el alquiler, con un valor justo de mercado, al administrador del bien. El alquiler se puede usar para mantener la propiedad, y todo superávit se debe depositar en una cuenta que devengue intereses para su futuro decomiso u otro uso.

223. Si la propiedad es un establecimiento comercial en marcha, el administrador, con arreglo a la orden de preservación, podrá mantener al administrador que se estuviera desempeñando en ese momento o asumir personalmente esa responsabilidad. La administración también se puede delegar en un contratista u otro experto. Los gastos comerciales se sufragarían con los ingresos del comercio y todo beneficio se depositaría en una cuenta que devengue intereses para su futuro decomiso u otro uso. En este tipo de hipótesis, el administrador de los bienes y otros funcionarios, incluido el tribunal, deben velar por que los términos y condiciones de la orden de preservación permitan que el comercio siga funcionando.

3. Tercera hipótesis

224. En la tercera hipótesis, una orden de preservación relativa a un activo que se encuentra en una jurisdicción diferente puede considerarse equivalente a una orden contra un bien en la misma jurisdicción en la que se prohíba a la persona investigada transferir su derecho de propiedad sobre ese bien. También se puede exigir el control sobre el bien, con sujeción a lo establecido en la orden de preservación. Sin embargo, el bien queda sujeto al control de la legislación del Estado en que se encuentre.

225. De la misma manera que las tentativas de un Estado de realizar investigaciones, interrogatorios o incautaciones en otro Estado pueden ser vistas desfavorablemente, los Estados tampoco deben expedir órdenes de preservación para otras jurisdicciones. Esto no quiere decir que no se deban expedir órdenes de preservación contra delincuentes que se encuentren en otra jurisdicción. Más bien constituye una buena practica asegurar que la orden contra esa persona también se ejecute en la jurisdicción en donde se encuentren los bienes. Esto se puede lograr mediante la asistencia judicial recíproca prevista en la Convención contra la Delincuencia Organizada.

226. La cuestión de la ejecución mutua de las órdenes de embargo e incautación se trata en la metodología de evaluación mutua del Grupo de Acción Financiera. En los informes de evaluación mutua se examina esa cuestión específicamente, de modo que según los informes se determinará si en una jurisdicción es viable recurrir a la asistencia judicial recíproca.

227. Una de las cuestiones que se deben considerar cuidadosamente en esta hipótesis es cuánto tiempo demorará la jurisdicción requirente en ultimar la solicitud de decomiso. Esto es importante cuando se solicita ejecutar una orden de preservación en otra jurisdicción hasta que se expida la orden de decomiso en el Estado requirente. En esa solicitud se debe contemplar la futura solicitud de decomiso y solicitar que se ejecute la orden de decomiso en el extranjero.

228. Algunas jurisdicciones no están facultadas para ejecutar directamente órdenes extranjeras de preservación y decomiso. En ese caso, la única opción viable es solicitar que apliquen su legislación interna para embargar o incautar esos bienes. Posteriormente, el Estado requirente deberá aportar pruebas suficientes en apoyo de la solicitud interna de decomiso contra esos bienes.

H. Pago de costas

229. En teoría, las costas incurridas a raíz de la administración de los bienes sujetos a la orden de preservación se deben recuperar una vez que se los decomise. Sin embargo, ello no es posible

cuando el decomiso no prospera. No obstante, si el bien es un establecimiento comercial en marcha, quizás los ingresos generados permitan sufragar los gastos de administración. La cuestión de la recuperación plena de los gastos de administración se examina a fondo en el capítulo VII, pero tal vez ese tipo de costas sea simplemente el precio que se debe pagar por la labor de localizar y decomisar los bienes.

230. En muchas jurisdicciones se establece concretamente que los gastos comerciales, de subsistencia y judiciales del propietario o de los terceros inocentes se deben financiar mediante el uso del bien preservado. Hay quienes argumentan que esta es una mala política⁵⁶. Como se debe aplicar la ley local de la jurisdicción que expide la orden de preservación, es útil determinar la manera en que se cumplirá esa obligación utilizando los bienes preservados.

231. En algunos casos, se abusará de esa disposición a fin de que el bien pierda todo su valor. No vale la pena debatir esa preocupación, de la misma manera que tampoco vale la pena sugerir que el propietario del bien debe recurrir a la asistencia letrada gratuita y no a abogados particulares. En algunas jurisdicciones se ha respondido a esos abusos estableciéndose que las costas judiciales solo se pueden recuperar pagándose los honorarios oficiales, o estableciendo un monto máximo para las costas judiciales que se pueden reclamar⁵⁷. En otras jurisdicciones la cuestión queda librada a la discreción del tribunal a medida que progresa la causa.

232. Siempre se debe tener en cuenta la fuente de los fondos que han de sufragar las costas. Por ejemplo, si el bien preservado es una vivienda residencial, quizás no se disponga de dinero para pagar las expensas, a menos que el bien se venda o hipoteque. Si la orden de preservación no permite la realización de la venta provisional para afrontar la cuestión de las costas, cabe plantearse cómo podrán sufragarse. No tiene mucho sentido sugerir que el bien inmueble preservado se pueda gravar a fin de contar con una suma de dinero que permita sufragar las costas, debido a la dificultad de encontrar un prestamista. Las costas judiciales no solo pueden llegar a ser excesivas, sino que los gastos comerciales y de subsistencia también pueden ser importantes. El tribunal debe considerar la cuestión del monto de esas costas y cuán razonables son en el contexto de los demás bienes del solicitante. Cabe esperar que el solicitante tenga presentes los demás bienes, que quizá no estén sujetos a la orden de preservación. El tribunal también debe examinar periódicamente lo que haya ordenado respecto de las costas para el caso de que cambien las circunstancias.

233. En ocasiones, el pago de las costas comerciales, de subsistencia y judiciales ordenado por el tribunal solo se puede financiar mediante la venta del bien. Es posible que el bien se esté depreciando rápidamente a pesar de ser administrado con prudencia. Además de ese bien específico, tal vez sea prudente que el tribunal ordene la venta o la modificación de otros bienes preservados, por ejemplo, una cartera de acciones en un mercado especulativo o divisas que quizás estén perdiendo valor. En consecuencia, en el plan de administración de los bienes y en la orden de preservación se debe establecer la posibilidad de modificar o vender esos bienes. Si se presenta la solicitud de costas, el solicitante puede esperar que el tribunal ordene la venta provisional de los bienes preservados con miras a procurar los fondos.

⁵⁶Theodore S. Greenberg y otros, *Stolen Asset Recovery: A Good Practice Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2009), pág. 74.

⁵⁷El criterio de decomiso sin condena que se aplica en la Ley de recursos civiles de la Provincia de Ontario (Canadá) ilustra ese criterio modificado respecto de la cuestión de las costas judiciales.

I. Terceros de buena fe

234. La cuestión de los terceros inocentes se puede aplazar hasta que se tramiten los procedimientos de decomiso, pero tal vez esto no sea posible si ha de transcurrir un lapso considerable después de la presentación de la orden de preservación y los titulares de hipotecas, acreedores judiciales y otros terceros inocentes tienen un interés en los bienes del delincuente. Si ese interés está relacionado con el bien preservado, el tribunal deberá asegurar que se los indemnice, quizás ordenando una venta provisional. Otra posibilidad es decidir aplazar la cuestión hasta que se inicien los trámites del decomiso definitivo. En ese caso, es posible que haya que pagar costas relacionadas con los intereses de los terceros. En esa hipótesis, la orden de administración debe ser suficientemente flexible de modo que se refiera al pago de esos gastos.

235. En algunos casos, la orden de preservación posiblemente se refiera solo a los intereses de la persona investigada en ese bien, sin contemplar los intereses de terceros. En relación con ese criterio debe considerarse que, una vez expedida la orden de preservación, tal vez el bien pueda quedar con una importante “mancha negra”. La notificación de la orden puede tener un efecto negativo en el valor de venta del bien hasta el momento del decomiso definitivo o la revocación de la orden de preservación.

J. Procedimientos secundarios

236. En algunas jurisdicciones también se pueden expedir órdenes secundarias en los casos de preservación. En los decomisos sin condena, se pueden utilizar procedimientos de revelación de pruebas entre las partes a fin de que se den a conocer antes del juicio documentos y declaraciones testimoniales. En otros casos, en las órdenes secundarias se puede exigir a la persona investigada que revele detalles sobre la naturaleza y ubicación de sus activos. Para ello también puede ser necesario interrogar a la persona investigada.

237. Esas disposiciones son instrumentos importantes para ayudar a los investigadores en todos los casos complejos. Pueden aportar información esencial para el posterior proceso de decomiso sin condena.

238. La naturaleza coercitiva de esas órdenes, en el contexto del sistema de justicia penal, implica que los documentos y las pruebas revelados en ese tipo de procedimiento no se pueden utilizar en el posterior proceso penal, salvo en el caso de perjurio.

VII. Cuestiones posteriores a la preservación

239. El proceso de localización y gestión de los activos no termina cuando se expiden las órdenes de preservación. El objetivo final debe ser una orden de decomiso que dé lugar a la transferencia permanente de la propiedad de los bienes al Estado. Mientras tanto, la tarea de investigación continúa. Se seguirán expidiendo órdenes secundarias de revelación de pruebas y de todo tipo de seguimiento en relación con el propietario de los bienes. Esa labor no se debe encomendar al administrador de los bienes, cualquiera que sea su situación. Será necesario que el administrador trabaje junto con el propietario, pero la tarea de continuar la investigación sigue en manos de los investigadores encargados de localizar los activos. Una de las razones para continuar esa tarea es que quizás se descubran nuevos bienes. Por último, es necesario seguir preparando la causa a los fines del enjuiciamiento o la solicitud de decomiso, en colaboración con la totalidad del equipo de investigación. Esa labor puede llevar mucho tiempo.

240. Mientras se realiza esa labor, los bienes no se gestionan por sí mismos. Algunas jurisdicciones se limitan a encomendar la responsabilidad de la gestión al propietario de los bienes. Otra posibilidad es que bastará con almacenar los bienes incautados o que los investigadores actúen como administradores sustitutos. Ese criterio es riesgoso porque no necesariamente un investigador capacitado estará en condiciones de actuar como administrador.

241. A raíz de la experiencia de los 20 últimos años, muchos gobiernos han reconocido la necesidad de contar con administradores de bienes profesionales, tanto provenientes del sector privado como del público⁵⁸.

A. Administrador de activos especializado

242. No existe un modelo perfecto para una estructura de administradores de activos especializados. Cualquiera que sea el criterio que se adopte en la jurisdicción del caso, algunos requisitos son siempre necesarios. La jurisdicción local debe dar al administrador la autoridad necesaria para preservar y administrar los bienes. En los casos en que el tribunal haya expedido una orden de preservación, esa autoridad legal debe complementarse con los términos y condiciones establecidos por el tribunal. Los términos y condiciones de la orden de preservación guiarán y restringirán la

⁵⁸El 19 de febrero de 2010, el Grupo de Acción Financiera publicó un documento de directrices titulado *Best practices: confiscation (recommendations 3 and 38)*, en el que se exhorta a la creación de programas de gestión especializada de activos. En 2008, la Red interinstitucional de recuperación de activos de Camden, en su reunión anual, aprobó una recomendación similar. La Organización de los Estados Americanos ha preparado un Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, que fue enmendado recientemente a fin de que el artículo 7 dispusiera: “Una autoridad administrativa especializada ... responsable de la administración, inventario y la razonable preservación del valor económico de los bienes” (véase: www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP%20negjun%2006.pdf).

autoridad jurídica general que la ley otorga al administrador⁵⁹. El administrador estará autorizado a emplear subcontratistas (como tasadores o administradores comerciales del sector privado) y será responsable de la venta provisional de los bienes preservados a fin de cumplir las órdenes del tribunal (por ejemplo, pagar las costas). Habida cuenta de sus conocimientos y experiencia, el administrador podrá preservar e incluso mejorar los bienes que gestione antes de que se presente la solicitud de decomiso⁶⁰. Por último, aun después de que se haya hecho efectiva la orden de decomiso, el administrador seguirá ejerciendo sus responsabilidades a los fines de liquidar los bienes decomisados y tramitar lo producido de conformidad con la legislación interna.

243. Un ejemplo de este criterio es la gestión de activos con arreglo a una orden de embargo en el Reino Unido. El fiscal solicita al tribunal el nombramiento de un síndico. Normalmente la solicitud se realiza en el momento de expedirse la orden de embargo o poco después, especialmente una vez que se haya considerado adecuadamente la naturaleza de los bienes embargados. Una vez nombrado, el síndico pasa a ser funcionario del tribunal y, en consecuencia, responde ante este por la manera en que gestione los activos. Los honorarios del síndico se pagan utilizando los bienes bajo su control, aun cuando más adelante el acusado sea absuelto⁶¹. Se han establecido directrices para ese procedimiento.

244. Para la gestión se deben considerar las siguientes opciones:

- a) Una oficina pública de gestión de bienes independiente y separada⁶²;
- b) Una unidad o función de gestión de activos dependiente de un organismo ya existente encargado del cumplimiento de la ley⁶³;
- c) Un organismo gubernamental⁶⁴ o del sector privado⁶⁵.

245. En todas estas opciones se necesitan recursos para la puesta en marcha y la financiación anual. El capital necesario para la puesta en marcha quizás sea importante, ya que se necesita una cierta suma de dinero para sufragar los gastos de gestión inesperados. Es incorrecto presumir que, por estar sujetos a decomiso, los bienes preservados se financiarán por sí mismos. Las sumas desembolsadas para la puesta en marcha se podrán recuperar de lo obtenido de la liquidación de los bienes decomisados. Sin embargo, hay que tener en cuenta la posibilidad de que el decomiso no se produzca o de que en la liquidación de los bienes no se obtenga todo lo previsto. Además, en caso de que el administrador realice mejoras en los bienes y posteriormente estos no se decomisen, los gastos incurridos se podrán recuperar de conformidad con lo que establezca la ley al respecto.

⁵⁹Como no hay una exigencia de elegir un tipo de administrador sobre otro, los síndicos y administradores que trabajen con arreglo a las leyes de bancarrota y derecho mercantil fácilmente podrán ser contratados como administradores de activos. La única restricción es que su autoridad amplia deberá estar sujeta a los términos específicos de la orden de preservación.

⁶⁰Si bien esto entraña un cierto riesgo, quizás sea necesario, por ejemplo, en el caso de una vivienda que se está preservando durante su construcción o renovación. La preservación sin continuar la construcción tal vez equivalga a no preservarla. Sin embargo, si no se logra el decomiso, quizás se ordene la devolución del bien mejorado.

⁶¹*Hughes v. Customs and Excise Commissioners* [2002] 4 ALL ER 633.

⁶²Canadá: Dirección de gestión de bienes incautados, establecida en virtud de la Ley de gestión de bienes incautados.

⁶³En los Estados Unidos, en las causas federales, esa tarea está a cargo del Servicio de oficiales de justicia (*marshals*).

⁶⁴Servicio de insolvencias y fideicomisos (Australia) y Organismo de gestión y recuperación de bienes incautados y decomisados (Francia).

⁶⁵Sudáfrica y el Reino Unido se valen de síndicos del sector privado.

B. Facultades generales de gestión

246. La legislación sobre gestión de activos y los términos y condiciones de la orden de preservación deben otorgar al administrador la facultad de pagar las costas incurridas en la ejecución de la orden. También debe haber disposiciones que establezcan la manera en que se habrán de sufragar las costas si lo que se administra no es dinero. Quizás el propietario desee vender el bien preservado, lo que puede dar como resultado contar con activos líquidos para el posterior decomiso. En un mercado fluctuante quizás tenga sentido solicitar autorización al tribunal para vender rápidamente bienes que se deprecian y son perecederos, a fin de asegurar que se puedan sufragar los gastos. Todas estas son cuestiones que el administrador y el asesor jurídico deben examinar antes de presentar cualquier solicitud ante los tribunales.

C. Gestión de una empresa en marcha

247. En toda orden de preservación relativa a una empresa en marcha deben figurar términos y condiciones que reflejen la naturaleza de la empresa. Si ello no se aborda en la investigación de los activos o en la planificación previa a la solicitud, se pueden presentar problemas graves. Por ejemplo, un análisis a fondo de la estructura comercial hecha por el administrador quizás determine que la empresa no es viable. Tal vez los empleados y los directivos decidan abandonar la empresa, quizás sea preferible reemplazarlos si mantienen su lealtad a los dueños anteriores. Tal vez la empresa no sea viable si no se reciben ingresos dimanados del delito, en cuyo caso habrá que clausurarla. Todo ello debe incluirse en la orden de preservación.

248. Sin embargo, de ser viable la empresa, la función del administrador debe incluir la facultad de despedir empleados o de contratar expertos del sector privado para encargarse de la administración. Esta práctica es muy común en los síndicos del sector privado y deberá preverse en toda orden de preservación relacionada con un comercio. Además, en los términos y condiciones se deberá especificar que los gastos de funcionamiento se recuperarán de los ingresos y beneficios que se obtengan, hasta que se resuelvan las solicitudes de decomiso.

D. Activos de rápida depreciación y perecederos

249. La facultad de gestionar los bienes y disponer de ellos quizá sea compleja y puede dar lugar a conflictos, ya que los bienes todavía no han sido decomisados. Las órdenes de preservación deben incluir disposiciones que contemplen esta eventualidad. Se trata de una cuestión delicada. Por ejemplo, un establecimiento agrícola en marcha es análogo a otras empresas en marcha, ya que los cultivos y el ganado se deprecian si no se los atiende y vende según sea necesario. En muchos casos habrá bienes que se deprecian, como vehículos u otros activos perecederos, como boletos de lotería o divisas. Se debe considerar particularmente la gestión de activos especializados, como aeronaves, que deben ser mantenidas continuamente y respecto de las cuales los estándares internacionales y los certificados de aeronavegabilidad deben ser cuidadosamente controlados. El mismo criterio se aplica a los buques. Los términos y condiciones de la orden de preservación deben permitir la gestión hasta la venta provisional. Además, tal vez se presenten cuestiones inesperadas respecto de la venta. En consecuencia, el administrador o el propietario deberán estar facultados para solicitar al tribunal instrucciones o directrices, según proceda.

E. Necesidad de actuar con precaución al asumir la gestión

250. Habida cuenta de que se nombra un administrador de los bienes para velar por que estos sean gestionados adecuadamente, parece superfluo tener que sugerir que se debe actuar con precaución. Sin embargo, en ciertos casos la precaución resulta especialmente necesaria.

251. Cuando la persona investigada es detenida o sus bienes quedan sujetos a una orden de preservación, quizás el valor de los bienes que se cite en los comunicados de prensa sea incorrecto. Tal vez ello se deba a que los investigadores han exagerado su éxito respecto de los bienes investigados o que tal vez el propietario tiene un motivo injustificado o inadecuado para aumentar el valor de los bienes. En ambos casos, el interés público se verá perjudicado cuando se determine que el valor de los fondos es mucho menor que el alegado inicialmente. El administrador no es un investigador y no se lo puede utilizar como fuente sustitutiva de fondos para preservar artículos que nunca debieron haber sido puestos bajo administración. El administrador debe realizar una tasación imparcial del valor de los activos para que no haya sorpresas cuando finalmente se ordene su decomiso y se los venda o devuelva al legítimo propietario.

252. Una vez que los bienes se entregan al administrador, este debe registrar de inmediato su condición y valor. Las tasaciones hechas por peritos y las evaluaciones estructurales y comerciales protegen al administrador y los intereses de la justicia. Por ejemplo, un reloj de pulsera incautado, si es falso, aun cuando funcione tendrá un valor ínfimo. El administrador debe presentar informes al tribunal y suministrar una copia al titular de los bienes. Si se produjera un cambio en las circunstancias que hicieran cambiar el valor de los bienes indicado en los documentos preliminares, habrá que informar al respecto al tribunal y al propietario.

F. Uso de activos en la investigación

253. Los activos sujetos a una orden de preservación no pertenecen al Estado, a los organismos encargados del cumplimiento de la ley ni al administrador. El artículo 7 del Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves de la Organización de los Estados Americanos contempla el “uso provisional” de los bienes en ciertos casos.

254. Se trata de una cuestión que se debe examinar en cada jurisdicción a la luz de los posibles problemas éticos y de otro tipo que se puedan presentar. Quizás un automóvil exótico que se ha embargado, pero todavía no decomisado, pueda describirse como futuro instrumento de investigación en una causa diferente. El problema es que las solicitudes de decomiso llevan mucho tiempo y es inaceptable demorarlas todavía más mientras el bien se está usando en una investigación diferente. Este criterio también entra en conflicto con los intereses del propietario respecto de la resolución del decomiso. También plantea posibles cuestiones relacionadas con los gastos, si se ordenara la devolución del activo después de haberse depreciado a raíz de su uso en una investigación.

G. Problemas inesperados

255. En muchas órdenes de preservación relativas a bienes inmuebles se pueden presentar problemas inesperados. Quizás se haya dejado la posesión en manos del propietario, con la obligación

de administrar la propiedad. En ese tipo de casos quizás la orden simplemente se inscriba en el registro inmobiliario, notificándose también la posibilidad del decomiso. Tal vez entonces el dueño decida no mantener la propiedad e incluso sabotearla, ya que habrá de ser decomisada. Quizás el dueño no tenga seguros o los cancele y deje de pagar los impuestos e hipotecas.

256. Es posible que los vecinos y la comunidad se quejen del estado en que se encuentra la propiedad. En el peor de los casos, puede que el inmueble haya sido un laboratorio clandestino de drogas o haya dado lugar a algún otro trastorno público similar. Tal vez sea necesario adoptar medidas inmediatas para mitigar los peligros relacionados con la propiedad, y sin embargo el dueño se niegue a actuar. En tales circunstancias, el administrador deberá adoptar medidas, ya sea en virtud de las condiciones establecidas en la orden de preservación o mediante la obtención de instrucciones adicionales del tribunal. En tal caso se deberá especificar en la orden que los gastos en que se incurra debido a esas medidas se recuperarán a costa del bien, en el caso de que este no se decomise.

257. Las divisas, las cuentas bancarias o los instrumentos financieros incautados deben administrarse de manera eficaz, por ejemplo estableciéndose en la orden que los fondos se deberán depositar en una cuenta que devengue intereses. Los instrumentos financieros que puedan volverse obsoletos o que deban redimirse deberán ser tratados de una manera similar, para lo cual la orden de preservación deberá incluir las instrucciones pertinentes. Los fondos que se encuentren en una cuenta bancaria podrán quedar en la institución o transferirse a otra, según lo que se establezca en la orden.

258. Los símbolos de estatus como automóviles, yates o aeroplanos pueden despertar interés entre los organismos encargados del cumplimiento de la ley por considerarse públicamente instrumentos o productos directos e indirectos del delito. A menudo los investigadores no tienen en cuenta que esos bienes son alquilados y que la razón no declarada para incautarlos es simplemente la “envidia”.

259. Cualesquiera que sean las circunstancias, el almacenamiento y mantenimiento de esos objetos es costoso. En consecuencia, las buenas prácticas de gestión indican que son candidatos ideales para su venta provisional. En los casos en que se deba conseguir dinero para satisfacer el pedido del propietario de sufragar las costas comerciales, de subsistencia y judiciales y que el administrador esté autorizado a disponer de bienes perecederos o que se deprecien, esos bienes deben ser los primeros en enajenarse. En caso de que el dueño que solicita el dinero para sus costas plantee objeciones, será el tribunal el que decida la cuestión.

H. Activos fuera de la jurisdicción

260. Es posible que los investigadores hayan obtenido órdenes de preservación relativas a bienes que se encuentran en otros países. Puede que la orden simplemente prohíba al propietario en la jurisdicción de la investigación realizar operaciones con esos bienes en el extranjero o disponer de ellos. En el contexto de una economía y comunicaciones mundiales, no son muchas las probabilidades de poder ejecutar ese tipo de orden.

261. Es una mejor práctica que las órdenes se remitan desde la jurisdicción en que se realiza la investigación a la jurisdicción en donde se encuentran los bienes, solicitando a las autoridades de la jurisdicción requerida que ejecuten la orden o que procuren una orden interna. Podrán generarse gastos de gestión y cabe esperar que la jurisdicción requerida cuente con una oficina especializada que pueda trabajar en cooperación con su homóloga de la jurisdicción requirente. Los costos de

este tipo de actividad de ejecución pueden ser importantes, lo que debe ser motivo de consultas entre las jurisdicciones.

262. Es esencial recordar que se aplica la legislación interna de la jurisdicción en donde se encuentran los bienes. También hay que tener presente que los delitos de fondo que justifican la actividad de ejecución en el Estado requirente quizá no se hayan producido en el Estado requerido, especialmente si se trata de responder a órdenes de preservación. En consecuencia, tal vez la solicitud no tenga prioridad en el Estado requerido, que solo está prestando asistencia. La orden debe expedirse en el Estado requirente, aunque habrá de ejecutarse en el Estado requerido respecto de bienes que se encuentran allí. Como el decomiso quizá se produzca en una fecha posterior a la de la orden de preservación, incluso años después, es esencial mantener una comunicación constante entre las autoridades centrales⁶⁶.

I. Gastos de gestión

263. El administrador de los bienes debe considerar dos cuestiones diferentes. La primera son los gastos anuales de funcionamiento y de capital. La segunda son los gastos específicos que se presentan en las causas importantes y otros aspectos específicos de cada causa. Cabe esperar que el administrador planifique la recuperación de los gastos anuales de funcionamiento (como sueldos y gastos fijos) a partir de lo que se obtenga de la liquidación de los bienes decomisados. En otras palabras, la hipótesis ideal es que ese tipo de costas se recuperarán en todos los casos.

264. Sin embargo, cuando ello no sea posible, por ejemplo, cuando es necesario realizar tareas de reparación importantes en el bien antes de su enajenación, o cuando lo obtenido de la venta sea insuficiente, el administrador deberá incurrir en gastos que no se podrán recuperar. En tales circunstancias, es el Estado el que paga indirectamente, a menos que esas posibles pérdidas estén presupuestadas en el programa de gestión de activos.

265. En el apartado *A supra* se explican los criterios que se aplican en el Reino Unido. Los gastos del síndico se pagan utilizando los activos que se encuentran bajo su control, sin que importe que en definitiva el acusado resulte absuelto. Sin embargo, como las costas de la sindicatura pueden ser elevadas y, en algunos casos, desproporcionadas respecto de los bienes administrados, en la causa *Capewell v. HM Customs and Excise Commissioners*⁶⁷, el Tribunal de Apelaciones invitó a los abogados a preparar una serie de directrices para el nombramiento de síndicos y administradores. Esas directrices figuran en un anexo.

J. Costo de las impugnaciones

266. Todos los procesos penales se inician con la presunción de que la investigación habrá de tener éxito y de que se hará justicia. En todos los casos en que la localización de activos ha dado lugar a la expedición de órdenes de preservación, el objetivo es lograr finalmente una orden de decomiso o que se tome una decisión sobre el valor de los bienes. Pero las circunstancias cambian por distintas razones y tal vez los fiscales determinen la conveniencia de desistir del proceso. En ese caso, una alternativa viable podría ser el decomiso mediante un trámite sin condena.

⁶⁶Al respecto, téngase presente la experiencia descrita en la nota 25.

⁶⁷*Capewell v. HM Customs and Excise Commissioners: Note* [2005] 1 ALL ER 900.

267. Sin embargo, las circunstancias también pueden cambiar en los regímenes sin condena. Si se adopta la decisión de presentar al tribunal una solicitud de desistimiento o de dar por terminadas las órdenes de preservación, es importante consultar con el administrador de los activos. Se debe señalar a la atención del tribunal y del propietario toda mejora que se haya hecho en los bienes y solicitarse la indemnización correspondiente al costo incurrido en esas mejoras. Además es esencial celebrar consultas con el administrador cuando este sea el responsable del pago de las indemnizaciones.

268. Esta última cuestión no es insignificante. Algunos regímenes de decomiso de bienes se han establecido para que sean la fuente de los fondos para pagar los daños e indemnizaciones cuando las solicitudes de decomiso fracasan. Según establezca la legislación, tal vez el administrador haya mantenido un fondo para pagar las indemnizaciones que ordenen los tribunales. Los fiscales y los especialistas participantes en solicitudes de decomiso sin condena deben tener presente que este tipo de indemnizaciones puede constituir una pesada carga para el programa de gestión de activos. Es necesario celebrar consultas aun cuando el administrador de los bienes no tenga un interés directo en la decisión de abandonar una solicitud de decomiso o una orden de preservación.

K. Cuestiones posteriores al decomiso

269. Un ejemplo de los problemas que se pueden presentar cuando la administración de los bienes continúa después de la expedición de la orden de decomiso es cuando en la orden de preservación se permite al propietario, sus familiares o arrendatarios seguir ocupando la propiedad. El proceso de decomiso debe incluir la notificación al propietario o los ocupantes de la posibilidad de que la propiedad sea decomisada. Si el decomiso se hace efectivo, puede cambiar la situación de la gestión. Se debe exigir al propietario que entregue el bien libre de ocupantes. También existirá la obligación de notificar el decomiso a distintas partes. Es posible que surjan problemas de seguridad y los organismos encargados del cumplimiento de la ley deban prestar asistencia al administrador.

270. Todos los regímenes de decomiso incluyen el derecho de apelación. Muchos incluyen disposiciones concretas de protección de terceros. De hecho, puede que la orden de decomiso solo se refiera al interés concreto del solicitante en un bien determinado. En ese caso, quizás sea difícil ejecutar la facultad de disponer de ese interés. Si los demás interesados no desean adquirir el interés decomisado y no hay ninguna manera sencilla de disponer del interés del Estado, pueden surgir gastos y problemas administrativos inesperados y permanentes.

271. En el Reino Unido y en otras jurisdicciones que utilizan un modelo similar al decomiso sin condena, en la orden que se expide contra el acusado se determina una suma de dinero, calculada sobre la base del valor de la propiedad obtenida a raíz de la conducta delictiva: el beneficio. El propósito de la audiencia de decomiso es establecer si el condenado ha obtenido un beneficio financiero como resultado de los delitos por los cuales se lo condena o de los delitos conexos. En caso afirmativo, el tribunal debe determinar el valor del beneficio calculando la totalidad de los beneficios obtenidos a raíz de la conducta delictiva, a saber:

- a) El delito por el cual el acusado ha sido condenado;
- b) Cualquier otro delito por el cual haya sido condenado en el mismo proceso;
- c) Todo delito en que el acusado convenga que debe tenerse en cuenta en el mismo proceso.

272. La definición de bienes enajenables es amplia. Incluye todo bien en que el acusado tenga un interés (el “interés” incluye los derechos) y todo bien que el acusado haya dado a un tercero gratuitamente o a un precio reducido. El tribunal, al adoptar la decisión, puede tener en cuenta cualquier bien en poder del acusado, dondequiera que se encuentre. Si el tribunal determina que el monto que se puede obtener de los bienes en poder del acusado es inferior al monto del beneficio, debe expedir la orden de decomiso contra el acusado por la suma inferior.

273. Otro problema se plantea cuando los acreedores tienen un derecho de garantía sobre el bien y esperan recibir un pago por el interés en ese bien. Es importante tener presente que el interés de los acreedores debe estar vinculado directamente a los bienes, y no a lo que deba la persona investigada o el dueño de los bienes. Si el interés de los acreedores está vinculado directamente a los bienes, estos pueden venderse a fin de pagar la deuda. De lo contrario, se deberá aconsejar al acreedor que se dirija a la persona investigada para satisfacer la deuda. Es una cuestión que corresponde al tribunal, ya sea en el momento de expedir la orden de preservación o la de decomiso.

274. En los sistemas de decomiso basado en el valor, el tribunal no tiene en cuenta los intereses que puedan tener terceros en los bienes; únicamente los del acusado. El fiscal tiene en cuenta los reclamos de terceros respecto de esos bienes en la etapa de ejecución, cuando se exigirá al tercero que demuestre la cuantía de su interés. Si el tercero puede satisfacer el interés del tribunal sobre la base del equilibrio de probabilidades, para atender la orden de decomiso solo se utilizará la cuantía del interés del acusado sobre ese bien.

275. En todo proceso relacionado con la orden de preservación o decomiso, el tribunal debe tener en cuenta la cuestión de que la persona investigada trate de blanquear sus deudas con los bienes que se desea decomisar. Quizá se apliquen las normas locales sobre bancarrota o insolvencia, y el administrador de los bienes debe estar familiarizado con los distintos privilegios establecidos por esas leyes.

276. Esta última cuestión puede que no sea tan importante en un régimen de decomiso basado en el valor. Sin embargo, se puede aplicar a la cuestión de poder ejecutar lo decidido en un juicio de valor de una persona insolvente. Esta cuestión está relacionada con la de los privilegios entre los distintos acreedores.

L. Venta final

277. La venta de los activos se puede considerar desde varios puntos de vista diferentes. En algunos casos, es necesario realizar una venta provisional de los bienes sujetos a la orden de preservación a fin de sufragar los gastos ordenados por el tribunal o porque los bienes se están depreciando o son perecederos. En muchos casos, el administrador debe trabajar junto con el propietario para obtener el máximo valor posible de la venta del bien. En otros casos, el propietario no está disponible o incluso se opone al proceso. En todos los casos, los intereses en conflicto deben ser resueltos por el tribunal.

278. Lo obtenido por la venta de los bienes decomisados, junto con todo el efectivo o dinero depositado que se haya decomisado, se puede acumular y ponerse a disposición para sufragar los gastos de administración o cualquier otra obligación establecida en la legislación interna. Este tema crea debates interminables. Con frecuencia los organismos encargados del cumplimiento de la ley consideran que esos fondos están a su disposición y se pueden compartir con otros organismos homólogos. Por el contrario, los funcionarios de hacienda tal vez consideren que se trata de dinero

del erario público que se debe redistribuir mediante el proceso presupuestario. Esta cuestión la debe determinar cada Estado.

M. Uso de los bienes decomisados

279. Tal vez sea necesario celebrar un debate público sobre la cuestión del uso público de los bienes decomisados. El decomiso de un automóvil exótico es distinto del de un automóvil que se preserva para un posterior proceso de decomiso. El mismo criterio se aplica a residencias y otros bienes confiscados. La cuestión está contemplada parcialmente en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Con arreglo a su artículo 16, si el importe obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior a 10.000 euros o al equivalente a dicho importe, el importe corresponderá al Estado de ejecución. El artículo no contempla la situación en que participen más de dos Estados, pero al respecto se podría llegar a una solución de compromiso. El párrafo 2 de ese mismo artículo se refiere a los bienes que no sean dinero en efectivo. Aparentemente se aplica la legislación del Estado ejecutante que tiene en su poder los bienes decomisados, lo que puede dar lugar a interesantes debates sobre la posibilidad de conversión al uso público.

280. Cualquiera que sea el resultado de los debates sobre el uso de los bienes decomisados, debe tenerse en cuenta la necesidad de sufragar los gastos anuales de funcionamiento de los organismos encargados de la gestión de los bienes, así como las pérdidas que sufran. Además, al evaluar los Estados esta cuestión, también deben tener en cuenta lo establecido en el artículo 14, párrafo 3, de la Convención contra la Delincuencia Organizada. En otros términos, quizás una parte de lo que se obtenga de la enajenación de los bienes decomisados se pueda compartir con una organización internacional o entre las partes.

281. El decomiso basado en los bienes transmite al Estado la propiedad, con todos sus derechos, privilegios y obligaciones. La cuestión de qué es lo que se debe hacer con esos bienes decomisados puede ser objeto de considerables debates, especialmente si las víctimas del grupo delictivo organizado se remiten al Estado para obtener una restitución o una indemnización.

282. Si el bien decomisado es dinero en efectivo, el Estado debe determinar la manera de asignarlo. En teoría, podría decidir reconocer la labor de los organismos encargados del cumplimiento de la ley y aumentar sus presupuestos. Sin embargo, ese criterio quizás deje a las víctimas de los delitos sin recurso alguno en caso de que los delincuentes sean violentos o se los encarcele. El sistema de justicia penal quizás cuente con un proceso eficaz para obtener órdenes de restitución que permitan indemnizar a las víctimas del delito. En algunas jurisdicciones se da prioridad a la indemnización y a la restitución sufragadas con cargo a los bienes decomisados. En consecuencia, el decomiso de dinero en efectivo aporta una fuente inmediata de fondos que se pueden distribuir mediante la restitución.

283. La cuestión se vuelve más compleja cuando el bien es inmueble o se trata de activos valiosos. Un activo como un automóvil exótico quizás sea deseado por los organismos encargados del cumplimiento de la ley para ser utilizado en la investigación. Se corre el riesgo de que esta desviación de los bienes decomisados para su uso en la investigación sea la justificación del proceso de decomiso o de la investigación, mientras que la verdadera justificación debe ser garantizar que el delito no produzca beneficios. El decomiso de ese tipo de bienes impediría el desvío de esos bienes, pero no se puede ignorar la necesidad de indemnizar a las víctimas y de responder a otras prioridades.

284. Los intereses contradictorios sobre los bienes obtenidos a raíz del decomiso han dado lugar a leyes que exigen la liquidación de los bienes decomisados y que lo obtenido se deposite en una cuenta consolidada del gobierno o en el tesoro general. Varias jurisdicciones han establecido fondos de decomiso en los que se debe depositar lo obtenido de la enajenación. No existe una solución perfecta para esta cuestión, pero los problemas que entraña el trato justo a las víctimas y hacer frente a todas las prioridades del Estado sugieren que la solución preferible es la liquidación. Lo obtenido se puede depositar en un fondo o programas gubernamentales. Toda controversia se puede resolver en el proceso presupuestario.

285. Si se establece un fondo, se lo puede utilizar para pagar indemnizaciones a las víctimas. Además, por conducto de ese fondo se podría reconocer la labor de los organismos de investigación. Ello podría incluir el reconocimiento de la asistencia prestada por los organismos de investigación y los gobiernos extranjeros. Después de realizados esos pagos, el fondo podría transferir el saldo (que podría haber disminuido con el pago de costas o por haberse compartido) a una cuenta consolidada del gobierno o al tesoro general.

VIII. Solicitud de decomiso

Artículo 12. (Decomiso e incautación) de la Convención contra la Delincuencia Organizada

Artículo 12. Decomiso e incautación

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
 - a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
 - b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

286. La Convención contra la Delincuencia Organizada obliga explícitamente a los Estados parte a adoptar medidas que permitan el decomiso del producto de los delitos⁶⁸. El decomiso⁶⁹ entraña la privación permanente del producto de los delitos o de los instrumentos. Sin embargo, como ya se ha examinado, esas disposiciones se deben ejecutar en la mayor medida de lo posible con arreglo a la legislación interna.

287. Los criterios para lograr el decomiso varían mucho según el Estado. El 19 de febrero de 2010, el Grupo de Acción Financiera publicó un documento de directrices titulado *Best practices: confiscation (recommendations 3 and 38)*⁷⁰. En el párrafo 14 de ese documento se respalda enérgicamente la nueva tendencia de aplicar el criterio de decomiso sin condena. Si bien el Grupo de Acción Financiera no es un organismo facultado para imponer estándares ni mejores prácticas,

⁶⁸La Convención contra la Delincuencia Organizada define el “producto del delito”, incluida la definición conexas de “bienes”, en los apartados *d)* y *e)* de su artículo 2 de la siguiente manera:

“*d)* Por ‘bienes’ se entenderán los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”.

⁶⁹La Convención contra la Delincuencia Organizada define el “decomiso” en el artículo 2, apartado *g)*, de la siguiente manera:

“*g)* Por ‘decomiso’ se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”.

⁷⁰En las recomendaciones 3 y 38 se establece, como elemento esencial, que se deben adoptar medidas para identificar, localizar y evaluar los bienes sujetos a decomiso (recomendación 3), mientras que la recomendación 38 exige que se debe contar con autoridad para adoptar medidas rápidas en respuesta a solicitudes hechas por un país extranjero de identificar bienes que puedan estar sujetos a decomiso.

tiene una influencia importante. En consecuencia, existe una gran presión para que se imponga la alternativa del decomiso sin condena. Esto puede tener consecuencias en las obligaciones de asistencia judicial recíproca que impone la Convención contra la Delincuencia Organizada. En la Convención se contemplan distintas variantes internas en el criterio aplicable al decomiso. En consecuencia, quizás algunos países estén en condiciones de cooperar con los regímenes de decomiso sin condena (que se describen a continuación) y otros se limiten a cooperar únicamente con los regímenes de decomiso más tradicionales.

288. La renuencia a aceptar el criterio del decomiso sin condena quizás se pueda atribuir a la filosofía jurídica y a las expectativas tradicionales del derecho penal respecto de la culpabilidad y la inocencia y a consideraciones constitucionales sobre el estándar de prueba, que varían de una jurisdicción a otra. Esencialmente, si no se puede contemplar el decomiso sin condena, la solución es que la jurisdicción aplique su derecho interno con generosidad a fin de controlar el desplazamiento de activos de las organizaciones delictivas organizadas en sus territorios.

A. Sistemas de decomiso

289. En el capítulo III se describen tres sistemas de decomiso. Todos están vinculados estrechamente al sistema de justicia penal. El decomiso sin condena, que tiene un estándar de prueba reducido y la capacidad de responder sin necesidad de entablar un proceso penal, o que se puede aplicar independientemente del proceso penal cuando en este se ha decretado la absolución, resulta aceptable si, a los fines de la asistencia judicial recíproca, se satisface el objetivo de la Convención contra la Delincuencia Organizada.

290. El decomiso penal en el ámbito del sistema de justicia penal casi siempre exige una condena penal, después de la cual el tribunal quizás pueda dictar una orden final de decomiso o incluso puede estar obligada a ello. En algunas jurisdicciones se permite iniciar un proceso de decomiso penal cuando el acusado ha fallecido o está prófugo después de formulados los cargos⁷¹. Las posibilidades de recurrir al decomiso pueden verse limitadas en razón de que los cargos deben haberse formulado mientras la persona estaba con vida. En esos casos, la carga de establecer un vínculo entre los bienes y los delitos es la misma que para demostrar la culpabilidad penal en los delitos.

291. Uno de los problemas de la confiscación penal es que el estándar de prueba necesario para el decomiso es el mismo que el del proceso penal. Para lograr la condena en un proceso penal el estándar de prueba es gravoso. En general se lo describe como prueba “más allá de una duda razonable” o “íntima convicción”. Si se aplica el mismo estándar para establecer a los fines del decomiso que los bienes son mal habidos, los investigadores o los fiscales tienen una carga considerable.

292. En muchas jurisdicciones se ha reducido la carga de la prueba, ya que la culpabilidad no es lo que se discute, o se han establecido presunciones *juris tantum*, que son útiles porque es el delincuente quien debe responder a esa presunción. La carga concreta de la prueba necesaria para justificar el decomiso es una cuestión importante si el condenado o el dueño de los bienes impugnan el decomiso.

293. Las pruebas reunidas por los investigadores pueden ser complejas y difíciles de comprender. Quizás incluyan años de transacciones conexas, escuchas y testimonios o informes de apoyo, todo

⁷¹Esto es posible en el Canadá.

ello con análisis complejos. Con frecuencia serán llamados a declarar peritos como contadores forenses. En la audiencia de decomiso el delincuente o los propietarios de los bienes pueden impugnar todo y presentar nuevos hechos o argumentos para responder a las denuncias sobre los bienes mal habidos.

294. El tribunal que condena al delincuente puede verse ante la responsabilidad adicional de tener que examinar nuevas pruebas en la solicitud de decomiso, lo que quizás exija al tribunal el uso de muchos recursos. Además, tal vez el tribunal no tenga el mismo interés en el proceso de decomiso que en la determinación de la culpa o la inocencia. Por último, según se establezca en las normas de decomiso de esa jurisdicción, quizás quede a discreción del tribunal la posibilidad de decomisar o no.

295. En los regímenes de decomiso basados en un valor alternativo es necesario determinar el valor obtenido de la comisión de los delitos. Este tipo de solicitud, que en párrafos anteriores se describe en forma sucinta, se tramita ante un tribunal que no está abrumado con largos procesos penales. Quizás este criterio limite el decomiso únicamente al valor obtenido de las condenas concretas que haya sufrido el delincuente, pero tal vez sea más que suficiente a los fines de la Convención contra la Delincuencia Organizada. Con arreglo a ese criterio sería necesario el mismo tipo de prueba que el descrito. El régimen de decomiso basado en el valor a menudo incluirá presunciones que ayudan al tribunal a determinar el valor obtenido como resultado de los delitos. La característica principal que distingue a este criterio es que el tribunal puede emitir una valoración que se puede hacer efectiva contra cualquiera de los bienes del delincuente, dondequiera que estén ubicados.

B. Decomiso de bienes

296. El decomiso de bienes puede ser parte de un proceso penal, según se describió precedentemente, o tramitarse sin condena. Este decomiso total se adecua a lo establecido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ya que en su artículo 2, apartado e), se define el “producto del delito” como los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito. En algunas jurisdicciones el decomiso penal se limita al delito por el cual se condenó al delincuente. En otras jurisdicciones se adopta un criterio más amplio y se permite el decomiso relacionado con los delitos objeto de condena, así como de cualquier otro producto de delitos que se puedan vincular a un delito grave o a un delito determinante más allá de una duda razonable. En Francia, el artículo 131-21 del Código Penal establece la posibilidad de una categoría todavía más amplia de bienes en general. Además, Francia está a punto de introducir la posibilidad de imponer una multa alternativa o un juicio de valor en lugar del decomiso para los casos en que no se puedan localizar o incautar bienes.

297. Este tipo de criterio permite que en la solicitud de decomiso se introduzcan todas las pruebas relacionadas con la localización de activos en apoyo del decomiso general de todos los bienes mal habidos. Cualquiera que sea el alcance de las normas de decomiso, la obligación consiste en decomisar activos vinculados directa o indirectamente con el delito. Esta distinción hecha en la Convención contra la Delincuencia Organizada y en la legislación interna es importante. El producto directo del delito son los beneficios obtenidos concretamente de la comisión del fraude, el tráfico de drogas o la actividad delictiva conexas realizadas por el grupo delictivo organizado. El producto indirecto del delito también podría adoptar la forma de un beneficio concreto (como entradas gratuitas o el voto en un sindicato), pero que solo se obtiene por conducto de un delito

que ofreció la oportunidad de obtener beneficios. Como ejemplo se puede mencionar una casa adquirida utilizando dinero derivado directamente de la comisión de un delito, además del aumento del valor de la propiedad después de su adquisición.

298. La distinción entre producto directo e indirecto del delito se puede volver compleja debido al blanqueo de dinero o la transformación de los bienes. Se puede decir que el simple hecho de transformar bienes es una actividad de blanqueo de dinero, ya que de esta manera se utilizan bienes adquiridos de buena fe para ocultar activos ilícitos. También en el caso en que un delincuente compre un boleto de lotería con dinero proveniente del delito y ganase el mayor premio, podría ser difícil determinar si ese premio debe clasificarse como producto indirecto del delito.

299. Es posible que la legislación sobre decomiso en una jurisdicción determinada establezca que el tribunal puede dividir parte de un activo, habida cuenta de que la transformación de los bienes puede mezclar los mal habidos con los que no lo son. Este no es un criterio incorrecto de por sí. En el caso en que los bienes contaminados se hayan invertido en una empresa, pero la contribución aportada por los socios de la empresa no proceda claramente de fondos mal habidos, quizás sea injusto decomisar la totalidad de la empresa sobre la base de una teoría relativa a la transformación de los bienes.

300. El problema en este ámbito es que, cuando los hechos no son claros, es imposible obtener un resultado justo. En estos casos el investigador debe analizar los hechos y las relaciones comerciales entre los socios a fin de abordar el argumento de que no se deben decomisar los bienes que no son mal habidos. El tribunal analizará la cuestión cuando la planteen terceros inocentes. También es posible que la legislación local haya determinado que en el decomiso de bienes transformados se deben incluir todos los bienes. En ese caso, el problema no reviste importancia.

301. El artículo 12, párrafo 1 *b)*, de la Convención contra la Delincuencia Organizada obliga a los Estados a decomisar los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la Convención. Se puede argumentar que los bienes transformados son un instrumento utilizado para cometer el delito de blanqueo de dinero.

302. Por último, la obligación del tribunal de ordenar el decomiso en base a las pruebas presentadas dependerá de lo que establezca la ley en las disposiciones sobre decomiso. Si el tribunal está satisfecho de que se hayan demostrado los hechos con arreglo a los estándares de prueba pertinentes, debe aprobar el decomiso. Tal vez en algunas jurisdicciones la ley determine la obligatoriedad del decomiso, mientras que en otras lo deje librado a la discreción del tribunal. Puede haber distintas variantes, especialmente si la solicitud de decomiso se aplica a bienes mal habidos por otras conductas delictivas que no fueron objeto de proceso penal.

303. Esta puede ser una consideración importante si los delitos se cometieron en otro país. Tal vez la doble incriminación sea una condición previa para que la solicitud de decomiso se haga efectiva⁷². Si es necesario realizar un trámite interno en vez de ejecutar una orden de decomiso extranjera, tal vez el estándar probatorio sea oneroso. Si el tribunal tiene discreción para decomisar o no, la cuestión es todavía más compleja.

⁷²El artículo 6 de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, incluye una amplia gama de delitos respecto de los cuales se puede ejecutar una orden de decomiso sin necesidad de verificar la doble incriminación. El artículo 13, párrafo 7, de la Convención contra la Delincuencia Organizada autoriza a denegar la cooperación solicitada si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la Convención.

304. La característica común de ambos tipos de casos es que la investigación de los activos debe establecer que los bienes investigados son mal habidos. Las pruebas en apoyo del argumento de que los bienes son el producto de un delito o un instrumento pueden variar, pero en definitiva es un hecho que puede ser establecido.

C. Uso de presunciones en el decomiso

305. Según el delito de que se trate, a menudo la solicitud de decomiso puede apoyarse en presunciones. El tribunal que determine la justificación del decomiso, ya sea en un régimen basado en los bienes o en el valor, puede dar lugar al decomiso teniendo en cuenta esas presunciones.

306. Esas presunciones se aplican en el contexto del criterio basado en el valor que rige en el Reino Unido, que se refleja en otras jurisdicciones similares. Ese criterio se describe en detalle en el siguiente recuadro 11.

Recuadro 11. Uso de presunciones en las órdenes de decomiso en el Reino Unido

Cuando en el Reino Unido un tribunal determina el beneficio obtenido por el acusado con fines de expedir una orden de decomiso, debe decidir si se ha beneficiado de ese delito en particular o de una conducta delictiva general, lo que a menudo se denomina beneficio ampliado. La decisión del tribunal se basará en el delito por el cual se haya condenado al acusado. Por ejemplo, en el caso de condena por un cargo único de hurto, el beneficio de esa conducta delictiva concreta es igual al valor pecuniario del objeto hurtado.

Sin embargo, cuando se condena al acusado por delitos como tráfico de drogas, blanqueo de dinero, terrorismo y tráfico de armas, solo por nombrar algunos, estos son conocidos como conducta delictiva general o “delitos de un estilo de vida delictivo” y, a los fines de determinar el beneficio obtenido, el tribunal debe aplicar las cuatro presunciones siguientes. En este caso las presunciones son obligatorias, y el tribunal solo las puede ignorar cuando se demuestre que son incorrectas o que, de adoptarse esas presunciones, se correría grave riesgo de cometer una injusticia.

Las cuatro presunciones son las siguientes:

1. Todo bien transferido al acusado en cualquier momento después de la fecha pertinente fue obtenido por este: *a)* a raíz de su conducta delictiva en general; y *b)* en el primer momento en que aparentemente estuvo en su poder;
2. Todo bien en poder del acusado en cualquier momento posterior a la fecha de la condena fue obtenido por este: *a)* como resultado de su conducta delictiva general; y *b)* en el primer momento en que aparentemente estuvo en su poder;
3. Todo gasto en que haya incurrido el acusado en cualquier momento después de la fecha pertinente se satisfizo con cargo a los bienes obtenidos por este como resultado de su conducta delictiva general;

4. A los fines de evaluar cualquier bien obtenido (o que se presume que haya sido obtenido) por el acusado, el bien fue obtenido libre de cualquier otro tipo de interés.

La fecha pertinente es el primer día del plazo de seis años que termina:

a) En la fecha en que comenzó respecto del acusado el proceso relativo a los delitos del caso; o

b) Cuando se trate de dos o más delitos o procesos, comenzados en fechas diferentes, el día pertinente será el primero de esos días.

307. Con frecuencia se observa en la legislación o la jurisprudencia la aplicación de presunciones *juris tantum* extraídas a partir de los hechos. El especialista que prepara la solicitud de decomiso debe establecer en primer lugar una serie específica o definida de hechos, tomados de la investigación de los activos o de las pruebas aportadas en el enjuiciamiento en apoyo de la condena. En un régimen de decomiso basado en el valor o en una solicitud de decomiso sin condena, las distintas disposiciones legales pueden exigir la presentación de hechos en apoyo de una presunción ya que el proceso penal está a cargo de otro tribunal o quizás no haya ni procesamiento ni absolución. Otra posibilidad es que la ley ordene que se tengan en cuenta una serie de presunciones, como la relativa al estilo de vida que se examinó en párrafos anteriores. La aplicación de presunciones en circunstancias específicamente determinadas transfiere la carga de la prueba a la otra parte, que debe impugnar las presunciones presentando otros hechos que permitan rebatirlas.

308. Como en la solicitud de decomiso no se plantea la cuestión de la culpa o la inocencia, es razonable aplicar presunciones *juris tantum*. En el decomiso relacionado con la delincuencia organizada, esas presunciones se pueden aplicar a distintas cuestiones, tales como:

a) La posesión, según la cual los activos que se encuentren en posesión de una persona en el momento de la comisión del delito, o estrechamente relacionada con el delito, pueden ser considerados productos del delito o instrumentos del delito. Si la definición de posesión es suficientemente amplia, puede incluir la posesión conjunta con otra persona mientras exista un grado de control suficiente sobre los bienes. En los delitos relativos a una organización, la definición de posesión puede especificar que la posesión por una de las partes entraña posesión por todas ellas;

b) La asociación de las partes interconectadas de un grupo delictivo puede ser útil para justificar la presunción de que, a los fines de la solicitud de decomiso, los bienes controlados por uno o más de los socios, o puestos a disposición de los mismos, benefician a otros participantes de la organización;

c) Las presunciones sobre el estilo de vida, como las antes descritas, relativas a la transferencia de activos o a la naturaleza de las actividades del grupo delictivo, son especialmente valiosas en el contexto de la delincuencia organizada. Ese tipo de presunciones se aplica a bienes adquiridos antes o después de cometido el delito, ya que se puede considerar que los bienes son producto del delito a menos que otra parte pueda establecer que fueron adquiridos lícitamente;

- d) Las disposiciones sobre la anulación de transferencias de activos, si bien no constituyen una presunción clásica, permiten a quien solicita el decomiso pedir al tribunal que anule una transferencia de bienes a menos que esta se haya hecho por un valor razonable a una persona que actuó de buena fe. La disposición se puede vincular a transferencias que se realicen dentro de un plazo determinado conexas a los delitos. Se puede obligar a la parte que recibe los bienes a que convenza al tribunal de que los bienes se adquirieron pagando un valor de mercado justo.

D. Decomiso ampliado

309. Se pueden aplicar distintos criterios para abordar los casos en que los bienes no se pueden localizar o se han disipado. La disipación puede incluir casos en que los bienes hayan sido objeto de una orden de preservación pero se vendieron para satisfacer órdenes de pago de costas comerciales, de subsistencia y judiciales. En algunas jurisdicciones se han establecido disposiciones sobre bienes sustitutivos, que permiten al tribunal decomisar bienes de valor equivalente a los disipados. Otra posibilidad es que el tribunal imponga una multa o pena financiera dentro del proceso de decomiso penal, con la posibilidad de que el acusado tenga que cumplir una condena privativa de libertad si no paga la multa dentro del plazo establecido. En ese caso, es importante establecer un método para obligar al acusado a pagar con cargo a otros bienes antes de imponer la pena de encarcelamiento. De lo contrario, el acusado podría dolosamente decidir no pagar la pena pecuniaria, prefiriendo cumplir un período de encarcelamiento adicional.

310. Tal vez resulte atractiva la opción de ejecutar la multa penal tratándola como si fuera una sentencia judicial. En ese caso, el Estado puede determinar si el delincuente tiene bienes en la jurisdicción que permitan satisfacer la multa. Esos bienes se podrían enajenar mediante el proceso normal de ejecución de sentencias. Si el delincuente tuviera bienes fuera de la jurisdicción y los acuerdos de asistencia judicial recíproca establecen métodos para ejecutar las multas penales, se podrían utilizar esos procedimientos.

311. En los regímenes de decomiso basados en el valor no es necesaria la opción de la pena pecuniaria, ya que el fallo dictado en esos regímenes logra el mismo resultado que una multa penal. Sin embargo, la opción de la pena pecuniaria en un régimen de decomiso basado en los bienes permite abordar el problema creado por la transferencia de bienes cuando no se puede anular la transferencia o los bienes se han disipado. Otro criterio, tal vez más draconiano, es un régimen de decomiso que establezca el decomiso automático sin necesidad de presentar una solicitud de decomiso basado en los bienes. Este criterio se aplica como parte del sistema de justicia penal después de la condena. Para impugnar el decomiso, la parte afectada por este tipo de orden estaría obligada a presentarse en los tribunales.

E. Protección de terceros

312. El artículo 12, párrafo 8, de la Convención contra la Delincuencia Organizada establece concretamente la necesidad de proteger los derechos de terceros de buena fe. En el caso del decomiso automático, los terceros inocentes tendrían que recurrir a un proceso posterior al decomiso a fin de proteger sus intereses en los bienes decomisados. En los criterios de decomiso basado en los bienes, normalmente los terceros tienen derecho a ser notificados de la solicitud de decomiso y se les da oportunidad de proteger sus derechos durante el procedimiento.

313. Los investigadores de los activos deben aportar algún indicio sobre la existencia de esos terceros. Por ejemplo, quizás el bien esté gravado con hipotecas o prendas, o tal vez el sistema de registro revele la existencia de intereses de terceros en los bienes investigados. Es posible también que se publique un edicto en los periódicos locales o en el boletín oficial.

314. La notificación a los terceros permite a esas partes asistir al proceso de decomiso penal, de modo que puedan presentar sus pruebas en contra del decomiso de sus intereses en los bienes. En ese caso, el tribunal podría decomisar los intereses del delincuente, sin afectar los de los terceros. En caso de que el tribunal examine y rechace las impugnaciones de terceros en contra del decomiso, se debe mantener un registro de esa decisión, especialmente si los terceros posteriormente tratan de presentar el mismo reclamo en otro Estado al responder a una solicitud de ejecución de una orden de decomiso en el extranjero.

315. Este proceso quizás aumente la complejidad del trámite de decomiso, pero permite determinar desde el principio la validez de los intereses de las partes sobre los bienes. Puede dar lugar al rechazo inmediato de las reclamaciones de terceros que tengan un interés contra el delincuente, pero no contra los bienes de este que son específicamente objeto de decomiso. También es posible que los terceros puedan recurrir a un proceso posterior al decomiso o que se los haya escuchado previamente en caso de que hayan impugnado efectivamente una orden de preservación de bienes que tuviera consecuencias en sus derechos.

316. Cada vez que los terceros hagan valer su interés en los bienes objeto de decomiso, deben establecer que su interés jurídico en el bien fue adquirido antes de la comisión del delito y sin haber tenido conocimiento en el momento de obtener el interés del hecho de que el bien había sido adquirido como consecuencia de la comisión de un delito. Uno de los problemas que se plantean cuando el tribunal no hace lugar al decomiso de bienes a fin de proteger a terceros inocentes se puede producir cuando el Estado, al hacer efectivo el decomiso del interés del delincuente, inadvertidamente queda asociado a terceros sobre un bien indivisible.

317. Esta propiedad conjunta del bien decomisado quizá sea un resultado inaceptable en un régimen de decomiso basado en los bienes. Una manera de resolver este problema es establecer que el bien se podrá enajenar a un precio justo de mercado y que el tercero recibirá su interés de lo producido en la enajenación. Otra posibilidad es que, si el tercero desea mantener la propiedad, adquiera el interés del Estado en el bien a un precio justo de mercado.

318. La cuestión de los terceros causa menos preocupación en el régimen de decomiso basado en el valor, ya que aquí el resultado depende de una sentencia. Ello puede cambiar al considerarse la cuestión de la ejecución de la sentencia. En tales casos, se aplican las normas habituales sobre la ejecución de sentencias.

F. Criterio basado en el valor

319. El decomiso del producto de un acto delictivo o de la delincuencia organizada entraña la presentación de una solicitud ante un tribunal para determinar los beneficios dimanados de la

conducta a fin de establecer una pena pecuniaria equivalente al beneficio⁷³. El beneficio obtenido por esa persona puede estar vinculado directamente con la conducta o se puede acumular y reflejar un valor creciente (beneficio indirecto). Una vez que el tribunal determina el beneficio, impone la multa contra la persona mediante un fallo, que se ejecuta como multa por la que se responde con cualquier bien de esa persona.

320. En teoría la cuestión es sencilla; en la práctica se plantean interrogantes sobre la manera en que se podrá ejecutar el fallo o la multa. En todo caso, al determinar el valor del beneficio no hay una necesidad concreta de que los bienes queden “marcados”. Más bien, el decomiso entraña una evaluación forense del beneficio obtenido a raíz de los delitos cometidos por el acusado y sus “bienes ejecutables”, es decir, los medios a su disposición para pagar lo ordenado.

321. Es posible que el criterio basado en el valor permita o exija al tribunal hacer presunciones sobre el estilo de vida. Si se considera que el acusado ha tenido un estilo de vida delictivo, el tribunal debe aplicar cuatro presunciones respecto de sus bienes y gastos, según se indica en el recuadro 11.

322. Esas presunciones están establecidas en la ley y ayudan al tribunal a determinar el valor del beneficio obtenido a raíz de la conducta delictiva del acusado.

323. Una cuestión que se plantea en ese tipo de solicitud es que quizás no se haya establecido la comisión del delito subyacente. Además, el juicio de valor se realiza teniendo en cuenta el patrimonio de la persona, pero quizás esta haya ocultado o resguardado su patrimonio, con lo cual se frustra la recuperación. Otra cuestión es la manera en que el tribunal evalúa los beneficios, que tal vez no sean solo financieros. Si se aplican presunciones, como las relativas al estilo de vida antes descritas, resulta más sencillo determinar el beneficio.

324. En algunos regímenes de decomiso basados en el valor quizás se presenten algunas restricciones inesperadas. Por ejemplo, si el decomiso se limita a los delitos respecto de los cuales se obtuvo la condena, quizás el acusado pueda argumentar que una actividad delictiva más amplia, por la cual no se han presentado cargos, no se puede considerar para evaluar el valor total de los beneficios dimanados de las actividades delictivas. Otro posible problema es cuando el método utilizado para determinar el valor solo se aplica al beneficio neto, en oposición al beneficio bruto, ya que se podrían deducir las costas que entraña la realización de las actividades delictivas.

325. En el contexto de los delitos cometidos por organizaciones delictivas también es pertinente la cuestión de la responsabilidad conjunta y solidaria. Si el cálculo hecho en el juicio de valor permite un fallo similar contra cada conjunto de delitos, el beneficio total se evalúa contra cada uno de ellos. En otras palabras, el juicio de valor puede ser compuesto⁷⁴.

⁷³La terminología no es del todo exacta. Ello se abordó en el Reino Unido, en la causa *R. c. May* [2008] UKHL 28, en el párrafo 9, de la manera siguiente:

“Aunque ‘decomiso’ es el nombre que se da habitualmente a este proceso, no se trata de un decomiso en el sentido en que lo entienden los escolares y otras personas. Es cierto que un delincuente capturado en posesión de bienes adquiridos delictivamente sufrirá a causa de su incautación por el Estado. Sin embargo, cuando el delincuente se ha beneficiado financieramente a raíz del delito pero ya no tiene en su poder los frutos de su delito, se le privará de bienes por un valor equivalente, si los tuviera. El objetivo es privarlo, directa o indirectamente, de lo que hubiera ganado. Como observó Lord Hobhouse de Woodborough en la causa *Norris*... ‘decomiso’ no es el término preciso”.

⁷⁴Así se ha aprobado en el Reino Unido: véase la causa *R. c. May*.

G. Decomiso en el extranjero

326. A menudo la investigación de los activos dará como resultado una solicitud de asistencia judicial recíproca en una jurisdicción extranjera. La Convención contra la Delincuencia Organizada y la labor de varios organismos internacionales, entre ellos el Grupo de Acción Financiera, han reconocido la necesidad de cooperar en la ejecución de los decomisos. Los tribunales deben decomisar bienes, más que utilizar una multa sustitutiva, si están satisfechos de que en la jurisdicción extranjera se dará curso a su orden de decomiso.

327. En otras palabras, la orden de decomiso interna se puede ejecutar en la jurisdicción extranjera. Se trata de una opción excelente, ya que señala a la atención del tribunal una expectativa recíproca cada vez que en su jurisdicción se localicen bienes investigados. Habida cuenta de que la economía globalizada facilita las actividades de la delincuencia organizada internacional, se deben utilizar medios similares a nivel mundial para luchar contra este tipo de delito. Los Estados que se valen de la asistencia judicial recíproca para realizar decomisos en jurisdicciones extranjeras en paralelo con el proceso de decomiso interno simplemente reconocen esa realidad.

328. En consecuencia, se pueden aprovechar los instrumentos y los análisis que figuran en el Manual de asistencia judicial recíproca y extradición, que acompaña al presente manual, para poder redactar las órdenes de decomiso. Por último, aun si el Estado requerido decomisa y retiene los bienes decomisados, se habrá logrado el objetivo de la investigación de privar a la delincuencia organizada de sus activos, con lo cual se asegura que el delito no le ha aportado beneficios.

H. Gastos de enajenación

329. Cualquiera que sea el criterio que se adopte respecto de los bienes decomisados, en muchos casos habrá que enajenar los bienes. La cuestión se plantea inmediatamente en todos los casos en que el Estado se convierte en copropietario junto con un tercero inocente. La orden de decomiso podrá exigir la venta a fin de que se satisfagan los intereses del tercero. La existencia de un administrador independiente puede permitir al Estado responder de inmediato a este tipo de hipótesis.

330. El administrador de los bienes deberá estar facultado para disponer de los bienes decomisados, de la misma manera en que lo habría hecho anteriormente en la causa respecto de bienes perecederos o que se deprecian rápidamente. Se podrían utilizar subastas públicas u otros procedimientos permitidos en la legislación interna a fin de lograr en la enajenación el valor más alto posible. En muchos casos, los bienes que son ahora propiedad del Estado o son compartidos con terceros deben mejorarse a fin de prepararlos para la venta. El administrador debe estar facultado para utilizar fondos a fin de mejorar y rehabilitar los bienes a los fines de su enajenación. En tal caso, los gastos se deducirán de lo obtenido de la venta, el resto se aplicará primero a satisfacer los intereses de terceros y el remanente se depositará en un fondo o en el tesoro público.

331. La misma cuestión se plantea en el caso del decomiso basado en el valor, según el cual se trata de recuperar activos sobre la base de un fallo dictado por el tribunal. Se pueden nombrar síndicos o expertos del sector privado para realizar esa tarea. Otra posibilidad es que exista un grupo especializado en la recuperación de activos. En cualquier caso, el costo de la recuperación de los activos se debe deducir de lo que se obtenga de la enajenación. El resto luego puede ser acreditado a un fondo o al tesoro público.

Anexo I. Consideraciones para la preservación o incautación de activos: lista de control

1. Solo se deben instituir procesos de preservación o decomiso para activos cuyo valor supere un nivel mínimo de capital fijo especificado, es decir, el valor del activo una vez deducidos los gravámenes. Se deben determinar niveles mínimos para distintas categorías de activos, según se detalla a continuación:

- a)* Viviendas y lotes baldíos. En este caso, el valor del capital neto mínimo puede ser una suma determinada o un porcentaje del valor de tasación, el que represente el mayor valor;
- b)* Vehículos. A los fines de satisfacer el valor mínimo se puede agregar el valor de múltiples vehículos incautados simultáneamente;
- c)* Dinero en efectivo;
- d)* Aeronaves. Nota: de no conseguirse los libros de navegación de la aeronave, su valor se reducirá de manera significativa;
- e)* Buques;
- f)* Todos los demás bienes personales.

2. Cuando el objeto del decomiso son viviendas o inmuebles comerciales o fondos de comercio, si el análisis financiero indica que el valor agregado de todos los gravámenes (incluidas las ejecuciones judiciales), hipotecas y gastos de administración y disposición se aproxima o supera el valor de lo que se espera obtener de su enajenación, o bien: *a)* no se debe seguir adelante con el decomiso, o *b)* se debe reconocer la posibilidad de que se han de sufrir pérdidas y deberán documentarse las circunstancias que justifiquen el decomiso y la instauración del procedimiento de decomiso.

3. De ser posible y necesario, antes del decomiso siempre habrá que consultar con la persona que se proponga nombrar administrador, como condición previa para solicitar una orden de embargo de los bienes.

4. Debido a lo complejo de la incautación de una empresa en marcha y las posibilidades de que dicha incautación produzca pérdidas, en esos casos siempre se necesita una mayor planificación interna.

5. Si el análisis del capital neto indica que el valor de venta del bien que se prevé decomisar es marginal o negativo, se debe establecer un plan para proteger a los terceros inocentes titulares de gravámenes y disponer de los bienes de manera que se reduzcan al mínimo las posibles pérdidas.

6. En toda hipótesis de embargo de una empresa comercial, se debe incluir una descripción concisa de las obligaciones del administrador o síndico propuesto, de conformidad con las directrices establecidas en el anexo IV, para su presentación al tribunal con la solicitud de embargo.

7. Según las características del bien, solo se deberá nombrar un fiduciario, síndico, administrador o supervisor de los bienes cuando sea absolutamente necesario, cuando todas las demás alternativas se hayan examinado y descartado, y si el capital neto del bien es claramente suficiente para sufragar el costo total estimado de esa persona y el personal a su cargo.
8. Solo se solicitará una orden de embargo o posterior decomiso respecto de bienes inmuebles contaminados o potencialmente contaminados con sustancias peligrosas después de que se determine que esa medida es racional o necesaria desde el punto de vista fiscal a los fines de progresar en la investigación, debiéndose actuar con la discreción que permita la jurisdicción del caso. En la planificación previa al embargo o el decomiso que se examinó previamente, se debe incluir un examen objetivo de las alternativas de enajenación a las que se pueda recurrir después del decomiso, y de las consecuencias de los gastos de limpieza de la propiedad.
9. Todas las divisas o dinero incautados que posteriormente estén sujetos a una solicitud de decomiso se deben preservar de manera segura en una cuenta pública bajo el control o aprobación del tribunal.
10. Todos los vehículos, incluidos aeronaves o buques, deben mantenerse y preservarse de manera segura para una posterior solicitud de decomiso, sin que se los desvíe para su uso en investigaciones, excepto los ensayos forenses que sean necesarios. Si la ley de la jurisdicción permite, en casos excepcionales, que esos bienes sean desviados antes del decomiso, el desvío debe ser aprobado y controlado por el tribunal.
11. En toda solicitud de incautación o embargo de bienes perecederos o que se deprecien rápidamente se deben incluir disposiciones judiciales ideadas para abordar específicamente las cuestiones de gestión relacionadas con ese tipo de bien.
12. La disposición previa al decomiso de los bienes embargados solo se debe realizar mediante solicitud previa al tribunal, notificándose al dueño o a la persona que los tenga en su poder en el momento de la expedición de la orden de embargo o incautación.

Anexo II. Modelo de cálculo del valor neto

Cálculo del valor neto y los ingresos disponibles

1. La fórmula para calcular el valor neto es:

$$\text{Valor neto} = \text{activos analizados} - \text{deudas}$$

Nota: Siempre se debe utilizar el costo histórico de los bienes, y no su valor de mercado.

2. El aumento de valor neto en un plazo determinado (normalmente un año) representa los ingresos. A fin de calcular esos ingresos, los investigadores deben hacer lo siguiente:

- a) Determinar el valor neto de la persona investigada al 31 diciembre en dos o más años consecutivos;
- b) Tratar de documentar por lo menos tres o más años;
- c) Establecer un “punto de partida” a partir del cual aumenta todo el valor neto.

3. Los gastos (pagos que se utilizan para comprar activos o reducir las deudas) indican la presencia de ingresos adicionales durante un período determinado. Entre los gastos se incluyen los siguientes:

- a) Alimentación;
- b) Ropa;
- c) Alquileres;
- d) Intereses de las hipotecas (pero no el pago del principal);
- e) Servicios públicos;
- f) Vacaciones;
- g) Pago a tarjetas de crédito.

4. Para calcular todos los ingresos disponibles se aplica la siguiente fórmula:

$$\text{Aumento del valor neto} + \text{gastos} = \text{ingresos disponibles}$$

5. Las fuentes lícitas de ingreso se deben deducir de todos los ingresos disponibles a fin de establecer cuáles son los ingresos provenientes de fuentes desconocidas (o ilícitas). Son fuentes lícitas de ingresos:

- a) Empleo lícito;
- b) Herencia;
- c) Regalos o donaciones;
- d) Ganancias de juego;
- e) Dinero en efectivo escondido.

6. En consecuencia, la fórmula para calcular los ingresos provenientes de fuentes desconocidas o ilícitas es:

$$\begin{aligned} & \text{Todos los ingresos disponibles} - \text{fuentes lícitas comprobadas de ingresos} \\ & = \text{ingresos provenientes de fuentes desconocidas (o ilícitas)} \end{aligned}$$

7. Los investigadores deben examinar todas las explicaciones que haga la persona investigada y estar preparados para impugnarlas, por ejemplo las relativas al dinero en efectivo escondido. Se deberán tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) Registros del dinero en efectivo en poder de la persona investigada en el momento del arresto o la incautación;
- b) Todas las pistas relativas al dinero en efectivo que se encuentre en su poder (como el guardado en cajas de zapatos o colchones o enterrado en el patio);
- c) Número de serie de los billetes, que se deben comparar con los registros de fondos estatales utilizados en operaciones encubiertas o de dinero robado (si los hubiera);
- d) Pruebas de regalos o donaciones;
- e) Herencias;
- f) Dinero obtenido por el cobro de seguros;
- g) Ganancias de juego;
- h) Dinero en efectivo mantenido en favor de terceros;
- i) Dinero en efectivo en poder de terceros en favor de la persona investigada;
- j) Pruebas de la necesidad de solicitar préstamos sustanciales;
- k) Estados financieros que demuestren que la persona investigada ha recibido pagos;
- l) Declaraciones hechas a socios comerciales o terceros;
- m) Admisión inicial hecha por la persona investigada a funcionarios encargados del cumplimiento de la ley o a otras personas.

Exigencias probatorias

8. Los investigadores deben demostrar lo siguiente:

- a) El valor neto, con pruebas sobre la propiedad de los bienes y las deudas dentro de fechas determinadas, así como pruebas de los gastos realizados entre esas fechas;
- b) Quién es el propietario efectivo de bienes en poder de terceros. Los investigadores deben obtener las respuestas a las preguntas siguientes, obteniendo declaraciones de terceros, de ser posible bajo juramento, en las que estos revelen toda relación familiar o de inversiones que tengan con la persona investigada:
 - i) ¿Quién aportó los fondos para comprar el bien o pagar el préstamo?
 - ii) ¿Quién utiliza el bien y cuál es su relación con la persona investigada?
 - iii) ¿En nombre de quién está el título de propiedad?
- c) Gastos incurridos por terceros en favor del acusado. Los investigadores deben obtener respuestas a las preguntas siguientes:
 - i) ¿Quién hizo el pago?
 - ii) ¿Quién se benefició con el pago?

Anexo III. Modelo de orden de incautación

El incumplimiento de la presente orden constituye desacato que, en el caso de las personas físicas se sanciona con prisión y, en el de las personas jurídicas, con el decomiso de bienes y prisión de los responsables

EN EL TRIBUNAL DE LA CORONA EN SESIÓN [*lugar*]

Ante el Honorable Magistrado [*nombre*]

Núm.

Fecha

EN LA CAUSA CARATULADA [*nombre de la persona contra quien se dicta la orden*]

(Acusado)

Y

RELATIVA A LA LEY DEL PRODUCTO DEL DELITO DE 2002

ORDEN DE PROHIBICIÓN DE DISPOSICIÓN DE BIENES

PARA: (1) [*Nombre*] (el “acusado”)

NOTIFICACIÓN PENAL

1. Si usted, el acusado, desobedeciera la presente orden podrá ser condenado por desacato y sancionado con prisión, multa o decomiso de bienes.
2. Cualquier otra persona que tuviera conocimiento de la presente orden e hiciera algo que ayude o permita al acusado incumplir lo establecido en ella también podrá ser condenada por desacato y sancionada con prisión, multa o decomiso de bienes.

IMPORTANTE: NOTIFICACIÓN AL ACUSADO

La presente orden le prohíbe a usted, el acusado, realizar todo tipo de actividad con sus bienes.

La orden está sujeta a las excepciones que figuran en ella. Deberá leerlas cuidadosamente.

Se le aconseja consultar con un abogado lo antes posible. Con arreglo al anexo 2, párrafo 2, de la Ley de acceso a la justicia de 1999, enmendada por el anexo 11, párrafo 36, de la Ley del producto del delito de 2002, respecto de la presente orden usted puede tener derecho a los fondos que proporciona el Servicio Jurídico a la Comunidad. Su abogado le podrá suministrar los formularios que corresponda. Póngase en contacto con el jefe de la Oficina de Servicios Jurídicos (LSC), 4 Abbey Orchard Street, Londres SW1P 2BS, que le podrá informar de los fondos públicos que se puedan poner a su disposición. Respecto de la financiación que aporta la LSC, las preguntas de carácter general deben dirigirse a la línea telefónica de ayuda: 0800 085 6643.

Si usted estuviera procesado en la causa penal de la cual la presente orden es secundaria, y gozara de los beneficios de una orden de representación, su abogado podrá prestarle asesoramiento y asistencia de conformidad con lo establecido en dicha orden de representación.

Usted tiene el derecho de solicitar al Tribunal que enmiende o revoque la presente orden; véase el párrafo [número] *infra*. En tal caso, usted deberá notificar la solicitud y la declaración testimonial en apoyo de la solicitud a la Oficina del Fiscal de Hacienda y Aduanas y al acusado por lo menos dos días antes de la fecha establecida por el Tribunal para la celebración de la audiencia sobre la solicitud.

En la página [número] de la presente orden figura una sección sobre interpretación.

LA ORDEN

1. La presente es una orden de embargo dictada por el Tribunal contra [nombre] (el “acusado”) el día [fecha] en respuesta a la solicitud hecha por la Oficina del Fiscal de Hacienda y Aduanas (el “Fiscal”). El Tribunal ha tomado conocimiento de las declaraciones testimoniales incluidas en el anexo A y ha aceptado las promesas hechas en el anexo B, que figuran al final de la presente orden.
2. La presente orden se dictó sin notificación previa al acusado. El acusado tiene derecho a solicitar al tribunal que enmiende o revoque la orden; véase el párrafo [número] *infra*.

ENAJENACIÓN DE LOS BIENES O MEDIDAS TOMADAS RESPECTO DE ELLOS

3. El acusado no debe:
 - 1) Trasladar fuera de Inglaterra y Gales cualquiera de sus bienes que allí se encuentren; o
 - 2) Disponer de cualquier modo de los bienes, tomar medidas respecto de ellos o disminuir su valor, se encuentren estos dentro o fuera de Inglaterra y Gales.
4. El párrafo 3 se aplica a todos los bienes del acusado, sean o no los descritos en la presente orden o hayan sido transferidos al acusado después de dictada la orden, estén a su propio nombre o sean de su propiedad individual o conjuntamente. A los fines de la presente orden, los bienes del acusado incluyen todos aquellos sobre los cuales está facultado, directa o indirectamente, para disponer de ellos o realizar actividades con ellos como si fueran propios. Se debe considerar que el acusado tiene esa facultad si un tercero los tiene en su poder o los controla con arreglo a las instrucciones directas o indirectas del acusado.

5. 1) La prohibición se refiere en particular a los siguientes bienes:
- a) La propiedad conocida como [nombre], título de propiedad núm. [...], registrada a nombre de [nombre], o el valor neto de lo obtenido por su venta, después del pago de las hipotecas, si hubiera sido enajenada;
 - b) La propiedad conocida como 69 [xxx], Londres, E[xxx], título de propiedad núm. EGL[...], registrada a nombre de [nombre], o el valor neto de lo obtenido por su venta, después del pago de las hipotecas, si hubiera sido enajenada;
 - c) La propiedad conocida como Apartamento 16 [xxx], Avenue, Londres, [xxx], título de propiedad núm. EGL[...], registrada a nombre de [nombre], o el valor neto de lo obtenido por su venta, después del pago de las hipotecas, si hubiera sido enajenada;
 - d) La propiedad conocida como Apartamento [xxx] Road, Londres, E[xx xxx], título de propiedad núm. EGL [...], registrada a nombre de [nombre], o el valor neto de lo obtenido por su venta, después del pago de las hipotecas, si hubiera sido enajenada;
 - e) Todo dinero depositado en la cuenta número [xxx], código [x-x-x], en el banco [nombre y dirección del banco], a nombre de [nombre];
- 2) Si el valor total sin gravámenes de los bienes del acusado en Inglaterra y Gales no supera la suma de [xxx] libras esterlinas.

[Opcional - Ingresos por concepto de alquileres]

[Inclúyase el número de párrafo que corresponda, ya que se trata de una facultad optativa] En cuanto al ingreso por concepto de alquiler que reciba el acusado respecto de los bienes señalados en los párrafos [...] *supra* se procederá de la siguiente manera:

- a) El arrendatario pagará el alquiler al acusado con cheque, orden de pago u otra transferencia interbancaria;
- b) El acusado depositará el cheque u otro tipo de instrumento de pago en la cuenta bancaria número [agregar el número de cuenta, nombre del banco y dirección] a nombre de [agregar el nombre del titular de la cuenta] (la "cuenta").
- c) Las sumas recibidas serán utilizadas por el acusado todos los meses para pagar las hipotecas que gravan los bienes señalados en los párrafos [...]; y
- d) Todo superávit en la cuenta quedará embargado con sujeción a lo establecido en la presente orden.

[Inclúyase el número de párrafo que corresponda, ya que se trata de una facultad optativa] El acusado mantendrá registros de los alquileres recibidos y de las sumas pagadas por concepto de hipoteca; en esos registros se incluirá la siguiente información:

- a) Nombre y dirección del arrendatario de quien se reciba el alquiler y fecha de recibo;
- b) Las sumas pagadas por concepto de hipoteca y la fecha del pago;
- c) Estados bancarios de la cuenta en que se deposita el alquiler y con la que se paga la hipoteca.

El acusado también deberá proporcionar al Fiscal todos los meses civiles, dentro de los 14 días siguientes al final de cada mes, una copia de los registros correspondientes a dicho mes.

SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

8. A más tardar 14 días después de haber sido notificado de la presente orden, el acusado deberá presentar al Fiscal una declaración testimonial jurada en la que indique todos sus bienes y todos los bienes bajo su control, dentro o fuera de Inglaterra y Gales, estén o no a su nombre o sean de su propiedad individual o conjunta, indicando el valor, ubicación y demás detalles de esos bienes. La declaración debe incluir:

- i) Nombre y dirección de todas las personas, incluidas instituciones financieras, en poder de esos bienes;
- ii) Si el acusado manifiesta que un tercero o una institución financiera tiene un interés en esos bienes, debe indicar la naturaleza y cuantía de ese interés y el nombre y dirección de la persona que se alega que lo tiene;
- iii) Detalles del sueldo actual del acusado o de otras formas de ingreso, indicando las sumas recibidas, y la cuenta en que se depositan esas sumas;
- iv) Nombre y número de todas las cuentas del acusado o bajo su control, junto con el nombre y dirección del lugar en donde se tenga la cuenta y las sumas allí depositadas;
- v) Detalles (incluida la dirección) de todo bien inmueble en el que el acusado tenga un interés, incluidos intereses en su valor monetario neto si fueran enajenados. Esos detalles deben incluir toda hipoteca o gravamen sobre el bien;
- vi) Detalles sobre los certificados de ahorro, acciones u obligaciones en toda empresa o sociedad, cualquiera que sea el lugar en que se haya incorporado, de propiedad del acusado o bajo su control o en los que tenga un interés;
- vii) Detalles de todos los fideicomisos de que el acusado sea fideicomisario, con inclusión del nombre y dirección de todos los fiduciarios;
- viii) Detalles de todas deudas que se deban pagar al acusado, con inclusión del nombre y dirección del deudor;
- ix) Detalles de todos los bienes de más de 1.000 libras esterlinas recibidos por el acusado, o por cualquier otra persona en su nombre, a partir del 7 de marzo de 2003, con inclusión del nombre y dirección de todas las personas de quienes se hayan recibido esos bienes;
- x) Detalles de todos los bienes de más de 1.000 libras esterlinas transferidos a terceros por el acusado, o cualquier otra persona en su nombre, a partir del 7 de marzo de 2003, con inclusión del nombre y dirección de todas las personas a los que se hayan transferido esos bienes; y
- xi) Si durante la vigencia de la presente orden existiera contra el acusado o se le presentara algún reclamo, petitorio, demanda civil, notificación de solicitud, notificación de ejecución, notificación de embargo o algún otro proceso civil, el acusado deberá inmediatamente proporcionar al Fiscal una copia de las actuaciones.

9. 1) Con sujeción a toda orden posterior del Tribunal, la información que se proporcione en cumplimiento de la presente orden solo se usará:

- a) A los fines del presente procedimiento;
- b) En caso de ser condenado el acusado, a los fines de toda audiencia de decomiso que se pueda celebrar; y
- c) En caso de dictarse una orden de decomiso, a los fines de su ejecución, incluidos los procedimientos de insolvencia.

2) Nada de lo establecido en el párrafo 9 1) impedirá al Fiscal o a un abogado que reciba instrucciones del Fiscal considerar la información revelada en cumplimiento de la presente orden a los fines de que el Fiscal cumpla las obligaciones que le incumben en el proceso penal (del cual este procedimiento es secundario), ya sea con arreglo a lo establecido en la Ley de procedimiento penal e investigaciones de 1966 o en el *common law*.

3) Nada de lo revelado en cumplimiento de la presente orden se revelará a los coacusados en el proceso penal.

4) Sin embargo, nada de lo establecido en el presente párrafo hará que sea inadmisibles lo revelado por el acusado en todo procedimiento de perjurio relacionado con esa revelación.

[Opcional - Órdenes de revelación de información]

Suministro de información - Utilización cuando el acusado arrienda bienes y los ingresos provenientes del alquiler se usan para pagar las hipotecas que los gravan

[Inclúyase el número de párrafo que corresponda, ya que se trata de una facultad optativa] A más tardar [número] días después de que se haya notificado al acusado la presente orden, este deberá presentar al Fiscal una declaración jurada con indicación de los siguientes asuntos:

- 1) Nombre y dirección de todos los arrendatarios de los bienes a que se hace referencia en los párrafos [...] *supra*;
- 2) Monto del alquiler pagado por cada arrendatario, detalles de la demora en esos pagos y la manera en que se paga normalmente el alquiler.

[Inclúyase el número de párrafo que corresponda, ya que se trata de una facultad optativa] 1) Con sujeción a toda orden posterior del Tribunal, la información que se proporcione en cumplimiento de la presente orden solo se usará:

- a) A los fines del presente procedimiento;
- b) En caso de ser condenado el acusado, a los fines de toda audiencia de decomiso que se pueda celebrar; y
- c) En caso de dictarse una orden de decomiso, a los fines de su ejecución, incluidos los procedimientos de insolvencia.

2) Nada de lo establecido en el párrafo 9 1) impedirá al Fiscal o al abogado que reciba instrucciones del Fiscal examinar la información revelada en cumplimiento de la presente orden a los fines

de que el Fiscal cumpla las obligaciones que le incumben en el proceso penal (del cual este procedimiento es secundario), ya sea con arreglo a lo establecido en la Ley de procedimiento penal e investigaciones de 1996 o en el *common law*.

- 3) Nada de lo revelado en cumplimiento de la presente orden se revelará a los coacusados en el proceso penal.
- 4) Sin embargo, nada de lo establecido en el presente párrafo hará que sea inadmisibile lo revelado por el acusado en todo procedimiento de perjurio relacionado con esa revelación.

REPATRIACIÓN

[*Inclúyase el número de párrafo que corresponda, ya que se trata de una facultad optativa*] 1) A más tardar 21 días después de que el Fiscal se lo haya solicitado por escrito, el acusado deberá repatriar a una localidad de Inglaterra y Gales todo bien mueble en que tengan un interés y se encuentre fuera de Inglaterra y Gales.

- 2) A más tardar siete días después de su llegada, el acusado debe informar al Fiscal del lugar de Inglaterra y Gales en que se encuentren los bienes.
- 3) Si el activo fuera dinero en efectivo o crédito en una institución financiera, se debe depositar en una cuenta que devengue intereses, y a más tardar dentro de los siete días se debe notificar al Fiscal el nombre del titular de la cuenta, su ubicación y número.

EXCEPCIONES A LA PRESENTE ORDEN

8. La presente orden no prohíbe al acusado, siempre que no esté encarcelado, utilizar hasta 250 libras esterlinas por semana por concepto de gastos ordinarios de subsistencia, hasta la fecha en que se expida una orden de decomiso. Antes de comenzar a retirar dinero para sus gastos de subsistencia, el acusado deberá ponerse en contacto con el Fiscal a fin de designar una cuenta bancaria o fuente de ingresos de la cual se podrá retirar el dinero, y deberá obtener el consentimiento por escrito del Fiscal para utilizar la cuenta con ese fin.

ENMIENDA O REVOCACIÓN DE LA PRESENTE ORDEN

9. Toda persona afectada por la presente orden puede en cualquier momento solicitar al tribunal que enmiende o revoque la presente orden (en la medida en que afecte a esa persona), pero deberá notificar su solicitud al Fiscal y al acusado por lo menos dos días antes de la fecha fijada por el tribunal para la celebración de la audiencia.

EFFECTOS DE LA PRESENTE ORDEN

10. Toda persona física a la que se ordene no hacer algo, deberá abstenerse personalmente y no realizar la acción prohibida por cualquier otro modo. No lo deberá hacer por conducto de otras personas que actúen en su nombre, que sigan sus instrucciones, o que hayan sido instigadas por ella.
11. La persona jurídica a la que se ordene no hacer algo deberá abstenerse ella misma, y de igual modo deberán proceder sus directores, oficiales, socios, empleados o agentes.

PARTES DISTINTAS DEL ACUSADO

Efectos de la presente orden

12. Constituye desacato que una persona notificada de la presente orden dolosamente preste asistencia al incumplimiento de la presente o permita tal incumplimiento. La persona que actúe de esa manera podrá ser encarcelada o multada. Esa persona también corre el riesgo de ser procesada por un delito relacionado con el blanqueo de dinero.

Compensación del banco

13. Nada de lo establecido en la presente orden prohíbe a los bancos ejercer el derecho de compensación que puedan tener respecto de todo servicio que hayan prestado al acusado antes de que se les notificara la presente orden.

Retiradas de dinero hechas por el acusado

14. Ningún banco necesitará efectuar consultas respecto de una solicitud o propuesta de solicitud de retirada de dinero hecha por el acusado cuando la retirada esté aparentemente permitida por la presente orden.

Dinero bajo la custodia de la Oficina de Hacienda y Aduanas o el Organismo de Delincuencia Organizada Grave

15. La presente orden no se aplica a sumas de dinero incautadas por el Organismo de Delincuencia Organizada Grave con arreglo a la parte 5 de la Ley del producto del delito de 2002, o estén incautadas o decomisadas por orden de un tribunal con arreglo a esa parte. Por “sumas de dinero”, “dinero en efectivo” o “efectivo” se entenderá el significado establecido en el artículo 289 6) de esa Ley.

Cargos vigentes

16. La presente orden no impide a ninguna institución financiera ni a cualquier otro titular de cargos la ejecución o adopción de otro tipo de medidas para ejecutar un cargo vigente que tenga respecto de los bienes así asegurados, siempre que la institución financiera notifique por escrito al acusado, al Fiscal y a cualquier otro tercero afectado por lo menos 21 días antes de presentar una solicitud en ese sentido. En caso de que en apoyo de la solicitud haya que presentar pruebas, lo esencial de su contenido se deberá comunicar por adelantado al Fiscal.

Personas fuera de Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte

17. 1) Con excepción de lo determinado en el párrafo 2) *infra*, lo establecido en la presente orden no afecta a personas fuera de la jurisdicción de este tribunal, Escocia o Irlanda del Norte.

2) Lo establecido en la presente orden afectará a las siguientes personas en un país o Estado fuera de la jurisdicción de este tribunal, Escocia o Irlanda del Norte:

- a) Una persona a la que se dirija la presente orden o al oficial o agente nombrado mediante poder por dicha persona;
- b) Toda persona que:
 - i) Esté sujeta la jurisdicción de este tribunal, Escocia o Irlanda del Norte;
 - ii) Haya sido notificada por escrito de la presente orden en su domicilio real o comercial en la jurisdicción del presente tribunal, Escocia o Irlanda del Norte; y

- iii) Pueda impedir actos u omisiones fuera de la jurisdicción de este tribunal, Escocia o Irlanda del Norte que constituyan un incumplimiento de lo establecido en la presente orden, o presten asistencia a su incumplimiento; y
- c) Toda otra persona, únicamente en la medida en que la presente orden sea declarada ejecutable o sea ejecutada por un tribunal de ese país o Estado.

Ejecución en Escocia e Irlanda del Norte

18. La presente orden tendrá vigor con arreglo a lo establecido en la legislación de Escocia e Irlanda del Norte, y podrá ser ejecutada allí si se la registra con arreglo a lo establecido en la Ley del producto del delito de 2002 (ejecución en distintas partes del Reino Unido).

Activos ubicados fuera de Inglaterra y Gales

19. Nada de lo establecido en la presente orden respecto de bienes ubicados fuera de Inglaterra y Gales impedirá a terceros el cumplimiento de:

- i) Lo que razonablemente consideren su obligación, contractual o de otro tipo, con arreglo a las leyes y obligaciones del país o Estado en que se encuentren esos bienes o en virtud de toda ley aplicable al contrato en que sean parte; y
- ii) Todas las órdenes de tribunales de ese país o Estado, siempre que se notifique razonablemente al Fiscal de toda solicitud que se haga en ese sentido;

A menos que los activos estén ubicados en Escocia o Irlanda del Norte, en cuyo caso la presente orden deberá ser obedecida allí.

PROMESAS

20. El Fiscal ha hecho al tribunal las promesas que figuran en el anexo B de la presente orden.

VIGENCIA DE LA ORDEN

21. La presente orden seguirá vigente hasta que sea enmendada o revocada por una nueva orden de este tribunal.

INTERPRETACIÓN

22. El término “acusado” se refiere al Sr. [XXX]. La mención de todo bien de propiedad del acusado incluye todos los bienes en que el acusado tenga un interés y todos los bienes en que el acusado tenga un derecho.

23. Los plazos expresados en días se calcularán como días corridos, según se define en el artículo 57.2 del Código de procedimiento penal de 2005.

COSTAS

24. Se aplaza la decisión sobre la imposición de costas.

COMUNICACIONES CON EL TRIBUNAL

Todas las comunicaciones con el tribunal respecto de la presente orden se remitirán a la dirección del tribunal, Southwark, 1 English Grounds, off Tooley Street, Londres, SE1 SHU, con citación del número de causa. La secretaría está abierta de lunes a viernes, de 9.00 a 17.00. El número de teléfono es 020 7522 7200.

DIRECCIÓN DEL FISCAL PARA LAS NOTIFICACIONES Y TODA OTRA COMUNICACIÓN RESPECTO DE LAS PRESENTES ACTUACIONES

Todas las comunicaciones con el Fiscal respecto de la presente orden se deben remitir a la División de Decomiso de Activos, Oficina del Fiscal de Hacienda y Aduanas (RCPO), New King's Beam House, 22 Upper Ground, Londres, SE1 9BT. El número de teléfono es 020 7147 7701 (al llamar, sírvase mencionar el nombre del acusado). La RCPO está abierta de lunes a viernes, de 9.00 a 17.00.

ANEXO A DECLARACIONES TESTIMONIALES

1. Declaraciones testimoniales de [*nombre*], de fecha [xxx].

ANEXO B PROMESAS HECHAS AL TRIBUNAL POR EL FISCAL

1. El Fiscal notificará al acusado:
 - a) Una copia de la presente orden; y
 - b) Una copia de la declaración testimonial que contiene las pruebas en que se basó el Fiscal y de todo otro documento que se haya presentado al tribunal junto con la solicitud.
2. El Fiscal entregará una copia de la presente orden a toda persona que sea notificada de ella.
3. El Fiscal sufragará las costas razonables en que haya incurrido toda persona distinta del acusado a resultas de la presente orden, incluidos los gastos incurridos para determinar si esas personas tienen en su poder alguno de los bienes del acusado, pero sin una orden del Tribunal el Fiscal no estará obligado a pagar costas judiciales o de contabilidad incurridas por tal motivo, a menos que el Fiscal haya dado primero su consentimiento por escrito.

Anexo IV. Orden de presentación de documentos

Modelo de orden de presentación de documentos

El siguiente modelo se puede utilizar para la preparación de órdenes de presentación de documentos. Téngase presente que deberá adaptarse con arreglo al estilo de cada jurisdicción local.

Para: [*nombre de la entidad financiera*], que se notificará a un funcionario autorizado de [*nombre de la entidad financiera*]

Respecto de la investigación relacionada con:

- Cuenta número [*número*] en [*nombre de la entidad financiera*] a nombre de [*nombre de la persona*]
- [*Nombre de la empresa*], constituida en [*lugar*]
- Propietarios efectivos de cuentas o fondos relacionados con las personas y entidades mencionados anteriormente

Orden de presentación de documentos

De conformidad con lo establecido en [*ley aplicable*], se ordena al representante autorizado de [*nombre de la entidad financiera*] presentar el día [*fecha*] los documentos determinados a continuación por [*magistrado, juez de instrucción u otra autoridad competente*]. El incumplimiento doloso de lo indicado en la presente orden constituye un delito penal sancionado con multa, prisión o ambas penas.

(Cuando así lo autorice la legislación local) Se ordena a [*nombre de la entidad financiera*] no revelar a persona alguna ajena a [*nombre de la entidad financiera*] el hecho de la existencia de la presente orden, la identidad de las personas nombradas en la orden y los documentos cuya presentación se haya ordenado. Hasta nuevo aviso, tampoco se revelará lo que se habrá de presentar a [*magistrado, juez de instrucción u otra autoridad competente*].

La presente orden estará vigente desde [*fecha*] hasta [*fecha*], o a partir de la fecha en que la presente orden sea recibida por [*nombre de la entidad financiera*].

La presente orden se refiere a todos los documentos relacionados con las personas físicas o jurídicas o propietarios efectivos mencionados, ya sea individualmente o en participación con otras personas físicas o jurídicas; y a los documentos correspondientes a las cuentas de que esas personas son o hayan sido fiduciarios, o sobre las cuales hayan tenido facultades de firma, poder general, o autoridad para realizar transacciones. Los documentos estarán relacionados con la apertura de cuentas,

identificación e instrucciones de los clientes, documentación relacionada con la diligencia debida, transacciones con las cuentas y otro tipo de transacciones, y únicamente de ejemplo a título se citan los siguientes:

1. Documentos de apertura de las cuentas correspondientes a todo servicio prestado por [*nombre de la entidad financiera*], incluida toda subsidiaria o institución corresponsal; y, si procede, documentos de cierre de las cuentas relacionadas con todas las personas físicas y jurídicas mencionadas anteriormente. En el caso de [*nombre de la empresa*], la documentación deberá incluir copias completas (frente y revés) de los estatutos constitutivos, resoluciones y minutas de la empresa, acuerdos de sociedad, poderes generales y tarjetas de firma (frente y revés) relacionados con toda persona o propietario efectivo mencionado anteriormente que estén en poder de [*nombre de la entidad financiera*].
2. Estados bancarios, estados periódicos y transcripciones de cuentas de toda persona o propietario efectivo mencionado.
3. Identidad del propietario efectivo de toda cuenta relacionada con toda persona mencionada y los documentos en que aparezca esa información. Se deben incluir copias (frente y revés) de la documentación de apoyo presentada por la parte contratante o el propietario efectivo o preparada por cualquier institución financiera, o por un empleado o tercero en nombre de la parte contratante o del propietario efectivo.
4. Información obtenida por [*nombre de la entidad financiera*] relativa a la identificación y verificación de toda persona o propietario efectivo mencionado.
5. Número del documento nacional de identidad, número impositivo, número de identificación del cliente, fecha y lugar de nacimiento y todo número o método de referencia (distinto del número de cuenta) utilizado por [*nombre de la entidad financiera*] para identificar a toda persona o propietario efectivo mencionado.
6. En el caso de todas las personas mencionadas, todo contrato de caja fuerte de seguridad, identidad de todas las personas con acceso a la caja fuerte, documentos que indiquen la fecha en que se tuvo acceso a la caja fuerte y todo vídeo u otro método electrónico que muestre a la persona autorizada que haya visitado el lugar en que se encuentra la caja fuerte.
7. Instrucciones del cliente respecto de cuándo y cómo se habrán de remitir los estados de cuenta; e instrucciones del cliente respecto de los contactos por correo, correo electrónico o teléfono con [*nombre de la entidad financiera*].
8. Identidad de todo empleado de [*nombre de la entidad financiera*] encargado o que haya sido encargado de tramitar las cuentas de toda persona o propietario efectivo mencionado.
9. Todos los registros de cargos por llamadas telefónicas locales y de larga distancia, incluidas facturas telefónicas; y todos los registros de cargos por otros servicios de comunicación, télex, o correo privado incurridos por toda persona o propietario efectivo mencionado o en nombre de ellos. En todos los casos en que se haya producido un contacto, se deberá identificar al funcionario del banco que tuvo el contacto; y toda nota, documento o información dada o recibida durante el contacto o el envío o recepción de encomiendas, cartas, faxes y correos electrónicos.
10. Documentos de diligencia debida y “conocer al cliente” preparados por [*nombre de la entidad financiera*] respecto de toda persona o propietario efectivo mencionado. Cuando [*nombre de la*

entidad financiera] hubiera identificado a una persona relacionada con una transacción, cuenta, transferencia electrónica, mensaje de la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT) u otra actividad mencionada en la presente orden como propietario efectivo o persona expuesta políticamente, según se defina en las políticas y procedimientos bancarios, se deberán producir:

- a) Todos los registros creados respecto de la diligencia debida y la diligencia debida mejorada;
- b) Los documentos en que se identifiquen las normas y las alertas emitidas durante la tramitación y los sistemas de cumplimiento de [*nombre de la entidad financiera*] a fin de identificar y separar las transacciones relacionadas con clientes, cuentas, personas identificadas como expuestas políticamente, otros funcionarios públicos, personas que recientemente hayan dejado la vida pública y propietarios efectivos; y los documentos relacionados con toda transacción o interrogante que haya hecho emitir la alerta; y
- c) La identidad de todo empleado de [*nombre de la entidad financiera*] encargado de tramitar los registros de diligencia debida y los sistemas de alerta relacionados con la presente orden.

11. Documentos relacionados con la entrada o salida de transferencias electrónicas, internas o transfronterizas, por ejemplo, por Fedwire (el sistema electrónico de transferencia de fondos de propiedad del sistema de Reserva Federal de los Estados Unidos), Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) o Clearing House Automated Payments System (CHAPS), para toda persona o propietario efectivo mencionado o en su nombre, por ejemplo, formularios de solicitud de transferencia electrónica, recibos de transmisión, recibos de confirmación, memorandos de débito, entradas contables o registros internos.

12. Documentos relacionados con los mensajes SWIFT originados o terminados en [*nombre de la entidad financiera*] o que hayan pasado por la entidad y por toda institución intermediaria o corresponsal, relativos a toda persona o propietario efectivo mencionado o en su nombre, citándose a título de ejemplo:

- a) Mensajes SWIFT, por ejemplo los que contienen los códigos *SWIFTMT 100, MT 103, MT 202, MT 202 Cov, MT 199 y MT 299, y todo otro mensaje SWIFT (incluidos los relacionados con transacciones comerciales y con valores);
- b) Instrucciones enviadas por fax, correo, correo electrónico o teléfono; formularios de solicitud de transferencia electrónica; recibos de transmisión; recibos de confirmación; memorandos de débito, entradas contables o registros internos; y
- c) Mensajes SWIFT relativos a transferencias de fondos interrumpidas o rechazadas, y todos los documentos relacionados con la interrupción y retransmisión de las transferencias electrónicas, o los mensajes SWIFT relacionados con las personas físicas y jurídicas y los propietarios efectivos mencionados.

13. Códigos SWIFT de identificación de bancos (BIC) correspondientes a [*nombre de la entidad financiera*], incluidos los correspondientes a sus distintos servicios (por ejemplo, banca privada), subsidiarias y sucursales para las cuales los códigos sean distintos del principal.

14. Un documento en que figuren todos los nombres con los cuales se identifica a [*nombre de la entidad financiera*] y sus subsidiarias.

15. Documentos relacionados con fondos que hayan ingresado o salido de la cuenta de [*nombre de la entidad financiera*] relacionados con toda persona o propietario efectivo mencionado, con inclusión de órdenes de clientes, boletas de depósito, boletas de retiro de fondos y cheques cancelados (frente y revés), memorandos de débito y crédito, transferencias contables y boletas de transferencias interbancarias relacionados con toda persona o propietario efectivo mencionado.
16. Documentos enviados a toda institución financiera intermediaria o corresponsal, o recibidos de estas, relacionados con toda persona o propietario efectivo mencionado precedentemente.
17. Copias de certificados de depósito, incluidos pagos de intereses, registros de redención, y disposición de los beneficios producidos respecto de toda persona o propietario efectivo mencionado.
18. Registros de la compra o venta de bonos al portador u otro tipo de valores por toda persona o propietario efectivo mencionado.
19. Documentos de compra de cheques de mostrador, cheques certificados y giros bancarios, junto con los cheques que fueron comprados por toda persona o propietario efectivo mencionado o en su nombre.
20. Presentaciones hechas por [*nombre de la entidad financiera*] a las unidades de inteligencia financiera (cuando ello estuviera autorizado).
21. Informes de transacciones de dinero en efectivo relacionadas de cualquier modo con las personas o los propietarios efectivos mencionados.
22. Informes sobre divisas o instrumentos monetarios relacionados de cualquier modo con las personas o los propietarios efectivos mencionados.
23. Informes que se hubieran preparado respecto de actividades o transacciones sospechosas, relacionadas de cualquier modo con las personas o los propietarios efectivos mencionados.
24. Cualquier otro documento que pueda tener relación con el delito cometido.

Terminología

“Nombre de la entidad financiera” y “nombre de la empresa” es el nombre de la entidad comercial a la que se dirige la orden. Incluye todas las filiales, empresas mixtas, subsidiarias, subdivisiones y sucesoras en el interés de la entidad; así como todos sus presentes y pasados directores, funcionarios, asociados, empleados, agentes y demás personas que hayan actuado en nombre de cualquiera de las mencionadas.

“Documento” o “documentación” es cualquier material escrito o impreso de todo tipo, oficial u oficioso, incluidos los originales y las copias no idénticas de aquellos (ya sean diferentes del original en razón de las anotaciones hechas en esas copias o por cualquier otra razón) bajo el poder, custodia o control de la empresa, dondequiera que se encuentren, incluidos, a título de ejemplo, papeles, correspondencia, memorandos, notas, diarios, materiales estadísticos, cartas, telegramas, minutas, contratos, informes, estudios, cheques, estados, recibos, resúmenes, folletos, libros, comunicaciones entre oficinas, ofertas, anotaciones de todo tipo respecto de conversaciones, llamadas telefónicas, reuniones u otras comunicaciones, boletines, impresos de computadora, discos rígidos, memorias

“flash”, discos rígidos removibles, discos flexibles, bases de datos en computadoras institucionales y personales, impresos de télex, facturas, hojas de cálculo; todos los borradores, alteraciones, modificaciones, cambios y enmiendas de todo tipo de los mencionados anteriormente. También se incluyen todos los registros gráficos y sonoros o representaciones de todo tipo, cintas de vídeo, grabaciones de sonido y vídeo, fotografías y registros electrónicos, mecánicos o eléctricos, por ejemplo cintas, casetes, discos gramofónicos, grabaciones y películas.

“Funcionario público” es: *a)* toda persona que ocupa un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial, ya sea por nombramiento o elección, permanente o temporal, con sueldo o a título gratuito, cualquiera que sea la antigüedad de la persona en el cargo; *b)* cualquier otra persona que desempeña una función pública, incluso en un organismo público o empresa pública, o presta un servicio público.

“Transferencia electrónica” y “transferencia de fondos” es toda transacción realizada en nombre de una persona por conducto de una institución financiera utilizando medios electrónicos con miras a poner una suma de dinero a disposición de un beneficiario en otra institución financiera. El originador y el beneficiario pueden ser la misma persona.

“Transferencia transfronteriza” es toda transferencia electrónica en que las instituciones originadora y beneficiaria están en distintos países. El término también se refiere a toda cadena de transferencias electrónicas en que por lo menos haya un elemento transfronterizo.

“Originador” es el titular de la cuenta; cuando no haya cuenta, “originador” es la persona que coloca la orden en la institución financiera.

“Documento” o “documentación” también es todo contenedor o carpeta con marcas o identificaciones en que se mantengan otros documentos, pero no se incluyen los archiveros. En todos los casos en que un original o copia no idéntica del original esté bajo el poder, custodia o control de la entidad jurídica a que se haya dirigido la presente orden, el término “documento” o “documentación” también incluirá toda copia del original y copia no idéntica de esta.

Se deberá interpretar que la palabra “y” incluye la palabra “o” y viceversa.

“Persona” es toda persona física o jurídica, empresa, sociedad, empresa mixta, asociación no incorporada y organismo gubernamental; o cualquiera de sus subdivisiones, filiales, funcionarios, directores, empleados, agentes o representantes.

“Propietario efectivo” es toda persona física que en definitiva es propietario de un cliente o lo controla y/o la persona en cuyo nombre se realiza la transacción. El término también incluye a las personas que tienen el control efectivo último sobre una persona jurídica, un arreglo o los terceros pertinentes.

“Identidad” es el nombre completo de la persona, incluido su segundo nombre de pila; fecha de nacimiento; lugar de nacimiento; número de documento nacional de identidad o número de pasaporte; todos los cargos desempeñados durante su empleo; fechas en que prestó sus servicios; obligaciones de cada cargo; fecha de cesación en el cargo, si la hubiera; y razón de la cesación.

Información privilegiada

Si [*nombre de la entidad financiera*] retuviera un documento aduciendo que se trata de información privilegiada, incluido el secreto profesional entre abogado y cliente, [*nombre de la entidad financiera*]

deberá presentar un anexo en el que figure la fecha, el nombre y título del autor, el receptor del documento y el tema de cada uno de esos documentos, la naturaleza del privilegio aducido, las razones por las cuales se aduce el privilegio y el párrafo de la presente orden en que se hace referencia a dicho documento.

Identificación de documentos

Para facilitar la tramitación de los documentos presentados con arreglo a la presente orden, conservar su identidad y velar por que se los pueda devolver con exactitud y rápidamente, se solicita que cada uno de los documentos sea marcado con un número de identificación y que los documentos sean numerados de manera consecutiva. Solo se deberá numerar la primera página de los documentos encuadernados de muchas páginas, y se deberá señalar el número total de páginas de tales documentos. Los documentos también se deberán conservar dentro de las carpetas en que estuvieran en el momento de notificarse la presente orden. Esas carpetas también deberán numerarse como si fueran otro documento. Dentro de cada carpeta, los documentos se dejarán en el mismo orden en que se encontraban en el momento de notificarse la presente orden. Los documentos de páginas múltiples deberán permanecer intactos.

Presentación de documentos

La persona que comparezca ante el tribunal, el Fiscal o un investigador en respuesta a la presente orden debe ser una persona que tenga pleno conocimiento respecto de la búsqueda realizada por [*nombre de la entidad financiera*] de los documentos en virtud de la presente orden, así como alguien que pueda autenticar que los documentos son registros comerciales. Si una única persona no estuviera en condiciones de cumplir ambos requisitos, [*nombre de la entidad financiera*] deberá designar a todas las personas adicionales que sean necesarias para comparecer en esa misma fecha y lugar.

Los documentos que existan en formato electrónico deberán presentarse electrónicamente, junto con una copia impresa certificada por el custodio de los registros de [*nombre de la entidad financiera*] con indicación de que se trata de una copia fiel y auténtica del original electrónico: todos los documentos electrónicos se deberán presentar en un formato que se pueda utilizar y permita la realización de búsquedas sin necesidad de recurrir a programas informáticos especializados.

Presentación de documentos originales

Esta orden exige la presentación de los originales de todos los documentos solicitados, salvo cuando se indique otra cosa. El cumplimiento de esta orden exige la presentación de originales y no de fotocopias.

Anexo V. Ejemplo de orden de supervisión de cuenta

Número de referencia:

[*logotipo del tribunal*]

Orden de supervisión de cuenta

(artículo 370 de la Ley del producto del delito de 2002 [Reino Unido])

HECHA EN EL TRIBUNAL DE LA CORONA en [...] Fecha [...]

Notificación penal

El incumplimiento de lo establecido en la presente orden puede constituir desacato, por el cual se puede imponer pena de prisión o multa

Para: [*nombre de la entidad financiera*] en [*dirección*]

[*Nombre del solicitante*] de [*nombre del organismo solicitante*] ha presentado una solicitud con arreglo a lo establecido en el artículo 370 de la Ley del producto del delito de 2002.

Después de haber examinado la solicitud, estoy convencido de que se han satisfecho los requisitos establecidos en el artículo 371 de la Ley del producto del delito de 2002 a los fines de dictar una orden de supervisión de cuenta.

Se le ordena aportar información sobre una cuenta, específicamente que notifique de inmediato al solicitante o a cualquier otro funcionario designado las transacciones relativas a la retirada de dinero en efectivo o cheques por valor superior a [*indicar el valor*] libras esterlinas de las cuentas pertinentes, y notificar el saldo y cualquier otra transacción diaria relativos a las siguientes cuentas:

Banco/Institución: [*nombre de la entidad financiera*]

Cuenta: [*número de la cuenta*]

Nombre del titular de la cuenta: [*nombre*]

Durante un plazo de [...] días, que no será mayor de 90 días contados a partir de la fecha de la presente orden; la información se comunicará a [*nombre del solicitante o del funcionario designado*] por teléfono o fax [*número de teléfono o fax*].

Sello del Tribunal

Firma del Juez

Fecha: _____

1. Constituye delito perjudicar una investigación de decomiso o blanqueo de dinero o una posible investigación al respecto, revelar su existencia o alterar los documentos pertinentes para la investigación. En consecuencia, no debe usted falsificar, ocultar, destruir o disponer de otra manera los documentos pertinentes, ni permitir su falsificación, ocultación, destrucción o disposición, ni revelar a otra persona información sobre cualquier otra cuestión que pueda perjudicar una investigación de decomiso o blanqueo de dinero. La sanción correspondiente a este delito, en un procedimiento abreviado, es seis meses de prisión, multa o ambas penas; y si hubiera condena penal, cinco años de prisión, multa o ambas penas.

2. Toda persona a la que se hubiera notificado la presente orden o se viera afectada por ella podrá solicitar al tribunal en cualquier momento que sea enmendada o revocada (en la medida en que afecte a esa persona), pero para ello se deberá informar primero al solicitante con dos días de antelación.

3. Si tuviera alguna duda o inquietud respecto de la presente orden, sírvase solicitar asesoramiento jurídico y/o ponerse en contacto con [*nombre de la persona*], HM Revenue and Customs, Criminal Investigation Directorate, P.O. Box [XXX], Reino Unido.

Anexo VI. Ejemplo de directrices para examinar una solicitud de designación de administrador de activos o síndico

Fuente: causa *Capewell v. Customs & Excise & Ors*, – Civil Division, 2 de diciembre de 2004, [2004] EWCA Civ 1628.

Solicitud del Fiscal

1. En la declaración testimonial [*o documento local equivalente*] en apoyo de la solicitud para nombrar un [*administrador o síndico*], el Fiscal deberá señalar las razones por las cuales solicita el nombramiento y cuál es la finalidad que considera que habrá de cumplir la orden.
2. En la declaración testimonial [*o documento local equivalente*] en apoyo de la solicitud también se indicará el tipo de labor que se prevé que será necesario que realice el administrador, sobre la base de los hechos conocidos por el Fiscal en el momento del nombramiento.
3. En la declaración testimonial [*o documento local equivalente*] en apoyo de la solicitud se deberá señalar especialmente a la atención del tribunal la propuesta de que los bienes en razón de los cuales se nombra un administrador se utilizarán para pagar las costas, desembolsos y demás gastos de la administración (aun cuando se absuelva al acusado y posteriormente se deje sin efecto la administración).
4. La carta en que el [*administrador o síndico*] acepta su nombramiento, y que deberá incluirse en la declaración testimonial del solicitante, debe incluir el tiempo que el administrador prevé que durará su misión y los honorarios del personal que ha de contratar.
5. En los casos que corresponda, cuando sea posible, lo que no ocurrirá siempre, el administrador deberá indicar en su carta de aceptación una estimación del costo probable total de la administración.
6. En la declaración testimonial [*o documento local equivalente*] en apoyo de la solicitud se deberá informar al tribunal de la naturaleza de los bienes y de su valor aproximado (si fuera conocido), y los ingresos que podrían derivarse de esos bienes (si fueran conocidos).
7. Si el Fiscal o el administrador no pudieran cumplir los requisitos mencionados, en su solicitud al tribunal el Fiscal deberá explicar las razones de esa imposibilidad, tras lo cual la cuestión quedará librada a la discreción del tribunal.

Después del nombramiento

8. Después del nombramiento del [*administrador o síndico*], el tribunal deberá considerar si, en todas las circunstancias, corresponde que se reserve toda futura solicitud, con miras a reducir las costas al mínimo.

9. Después del nombramiento del [*administrador o síndico*], el tribunal deberá considerar si, en todas las circunstancias, corresponde fijar la fecha de una nueva audiencia, sopesando la necesidad de celebrar ese tipo de audiencia con los intereses del acusado, que en definitiva será quien deberá sufragar su costo.

10. El [*administrador o síndico*] deberá informar por escrito a las partes, no bien resulte razonablemente práctico, si en su opinión se habrá de superar la estimación inicial de las costas o si están aumentando los gastos de administración, o es probable que aumenten de manera desproporcionada. Ese informe también se deberá presentar al tribunal. En tales circunstancias, las partes y el administrador estarán en libertad de solicitar instrucciones al tribunal.

Requisitos en materia de informes

11. A menos que el tribunal ordene lo contrario, el [*administrador o síndico*] deberá presentar un informe 28 días después de su nombramiento y, posteriormente, cada tres meses.

12. A menos que el tribunal ordene otra cosa, el informe se notificará al Fiscal y al acusado y también se presentará al tribunal.

13. En todos los informes deberán figurar: las costas incurridas hasta el momento; la labor realizada; los gastos previstos hasta el próximo informe; un resumen de la manera en que esos gastos se relacionan con las cuestiones que dieron lugar al nombramiento o a las cuestiones que se hayan planteado; y, si procede, una declaración con una estimación del resultado final.

14. Todos los informes deberán contener una declaración en el sentido de que el [*administrador o síndico*] considera que las costas son razonables y proporcionadas en todas las circunstancias.

15. Si el [*administrador o síndico*] no pudiera cumplir alguno de los requisitos en materia de informes, no bien sea razonablemente práctico, en un informe presentado por escrito y que se notificará a las partes, deberá explicar al tribunal las razones de esa imposibilidad, y en tal caso las partes estarán en libertad de solicitar instrucciones al tribunal.

Abogados y otros agentes

16. Siempre se deberá informar a las partes cuando se hayan dado instrucciones a abogados u otros agentes, a menos que ello no sea practicable ni redunde en interés de la justicia (por ejemplo, en caso de que sea necesario presentar una solicitud urgente, sin notificación previa, a fin de asegurar bienes).

17. Si los abogados u otros agentes recibieran instrucciones, el [*administrador o síndico*] podrá solicitar que se le envíen las facturas mensuales o las notas sobre los honorarios. El [*administrador o síndico*] procurará mantener un control estrecho respecto de dichos honorarios y convencerse de que las costas en que se incurra son razonables y proporcionadas en todas las circunstancias.

18. El [*administrador o síndico*] deberá notificar a las partes, no bien resulte razonablemente practicable, si considera que las costas relacionadas con los abogados u otros agentes están aumentando de manera desproporcionada, y esas partes estarán en libertad de solicitar instrucciones al tribunal.

Consideraciones generales

19. Nada de lo establecido en las presentes directrices debe interpretarse como reemplazo de las normas pertinentes del tribunal, en particular [*norma local específica*], ni las disposiciones legales pertinentes.

20. Al nombrar un [*administrador o síndico*], el tribunal siempre debe tener presente que tal vez el costo de la administración deba ser sufragado por un inocente. También deberá tener presente que el interés de la justicia establece que la administración o la sindicatura es un instrumento necesario y esencial del proceso penal, que sirve para preservar y gestionar bienes que permitirán satisfacer una posterior orden de decomiso si el acusado fuera condenado.

21. Las órdenes de administración o sindicatura deben ir acompañadas de la notificación penal que corresponda. En la mayoría de esas órdenes se ordenará la cooperación del acusado y que este cumpla lo antes posible las instrucciones y solicitudes del administrador o síndico, a fin de que este pueda desempeñar sus funciones y cumplir sus obligaciones de manera eficiente y eficaz en relación con los costos. En consecuencia, redundaría en interés del acusado evitar, en la medida de lo posible, que el administrador o síndico se vea obligado a dirigirse al tribunal para recibir nuevas órdenes e instrucciones, cuyo costo en definitiva recaerá en el patrimonio del acusado.



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Centro Internacional de Viena, Apartado postal 500, 1400 Viena, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org