



Asamblea General

Distr. general
7 de diciembre de 2001
Español
Original: inglés

Reunión Preparatoria Oficiosa del Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción

Buenos Aires, 4 a 7 de diciembre de 2001

Propuestas y contribuciones recibidas de los gobiernos

Canadá: documento oficial

1. La “devolución de activos” es una cuestión que adquirirá importancia en el curso de la negociación de una convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. En el pasado, ha habido funcionarios corruptos que se han apropiado de cantidades masivas de fondos estatales para sus propios fines y los han transferido al extranjero. Cabe esperar que una preocupación fundamental de algunos Estados sea analizar cómo puede obtenerse la devolución de esos activos. Otros Estados han puesto de manifiesto los problemas probatorios y jurídicos que puede plantear la devolución de activos. El hecho de que algunos hayan querido definir la cuestión como un problema de “transferencia ilegal de fondos” mientras otros (incluido el Canadá) observan que las transferencias en cuestión muchas veces no son ilegales y prefieren hablar de “transferencia de fondos obtenidos ilícitamente” ha complicado algo los debates. La delegación del Canadá considera que uno de los motivos de que el debate de la cuestión haya sido bastante insatisfactorio es que el problema descrito como “devolución de activos” abarca de hecho distintas situaciones jurídicamente diferenciadas. Algunas de estas situaciones son jurídicamente más sencillas que otras y pueden dar lugar con más facilidad a medidas convenidas internacionalmente. Es muy posible que merezca la pena debatir las situaciones más complejas, pero es importante que se sea consciente de las complejidades. El Canadá espera que el presente documento, en su intento de diferenciar las situaciones jurídicas empezando por la que parece ser más clara y pasando a continuación progresivamente a asuntos más complejos, ayude a aclarar el marco conceptual en que deben moverse los debates sobre la cuestión y sea una aportación útil a la reflexión.

1. Robo de bienes o fondos del Estado por altos funcionarios públicos

2. Se trata de una preocupación fundamental para algunos países y conceptualmente es también la cuestión más sencilla. El titular legítimo del dinero o

de los bienes es el Estado de origen, el delito que se ha producido es el de robo y el Estado de origen del funcionario es la víctima clara del delito. La mayoría de los sistemas jurídicos reconocerán que normalmente el bien robado debe ser devuelto al titular legítimo y contendrán disposiciones al respecto: estas disposiciones podrán encontrarse en el sistema jurídico civil, administrativo o penal del Estado. El hecho de que el titular legítimo sea un Estado extranjero no debe impedir la devolución de ese bien. El robo normalmente se produce sólo en una jurisdicción. La transferencia de la propiedad desde el Estado de origen podrá ser legal o ilegal, pero el traslado de la propiedad fuera del Estado de origen es el motivo de que el caso tenga un aspecto internacional, y no la naturaleza del delito o de la transferencia.

Problemas

3. Es muy posible que la demostración de que el bien reclamado es de hecho un bien robado a un Estado extranjero plantee problemas probatorios. Todos los sistemas jurídicos exigirán la prueba de que el bien ha sido robado para que pueda procurarse su devolución al titular. La prueba de la titularidad del Estado extranjero puede ser difícil, en especial si el bien o los fondos robados se han mezclado con bienes procedentes de otras fuentes. Es posible que algunos de los fondos robados se hayan dispersado y que haya otros reclamantes legítimos de los bienes o fondos restantes. Sin embargo, normalmente será aceptado por todos el principio de que los bienes robados deben ser devueltos a su titular.

2. Ganancias derivadas de la corrupción (sobornos, etc.) obtenidas por altos funcionarios públicos

4. Esta situación es más compleja. Normalmente el bien no ha sido robado sino que se trata de bienes o fondos obtenidos ilícitamente que por lo general han sido entregados voluntariamente al funcionario corrupto por el titular original. El titular original probablemente habrá cometido un delito al ofrecer el soborno. A este respecto, estas ganancias derivadas de actividades delictivas se asemejan más al dinero ilícito de la droga que a bienes robados. En muchas situaciones, el Estado de origen del funcionario puede ser considerado una víctima del delito, en el sentido de que se han socavado las leyes y el buen gobierno, pero puede haber otras víctimas, por ejemplo quienes perdieron un negocio que hubieran conseguido en otras circunstancias porque no quisieron pagar un soborno; las personas que se ven obligadas a pagar sobornos para obtener servicios que legalmente deberían poder obtenerse gratuitamente; e incluso las personas que pagan el soborno pueden intentar alegar que el dinero fue obtenido por extorsión y que ellos son las víctimas. Además de la transferencia transnacional del bien, que puede ser lícita o ilícita, el delito en sí mismo puede tener un aspecto transnacional si se ofrece o paga un soborno en el extranjero o si quien lo paga es una persona o empresa basada en el extranjero.

Problemas

5. Podría ser útil considerar en el mismo contexto que los fondos o bienes localizados son iguales al dinero procedente de la droga: tanto los funcionarios como los titulares originales son delincuentes. La prueba de que los fondos son ganancias derivadas de la corrupción puede plantear problemas. Sin embargo, en

caso de que se ofrezca la prueba, ni el funcionario ni la persona que paga el soborno, es decir, el titular legítimo original, deben obtener la propiedad. No obstante, igual que la identidad de la víctima puede variar en función de la pauta de los hechos, el receptor final de esas ganancias también puede variar. En la mayoría de los países, las ganancias del delito revierten al Estado una vez finalizadas las actuaciones procesales. Es posible que haya demandantes legítimos de los bienes del funcionario (empleados que no han sido pagados u otros acreedores) que no tengan relación con el delito y que tengan la posibilidad de hacer valer su demanda. Además, en muchos Estados existen disposiciones legales que establecen el reparto de esas ganancias con otros Estados, normalmente a causa de la asistencia prestada en la persecución del delito. Para este tipo de ganancias derivadas de la corrupción podría ser útil examinar los modelos de medidas de paralización, incautación y reparto de las ganancias del delito.

3. Ganancias derivadas de contratos obtenidos mediante la corrupción de un funcionario nacional o extranjero

6. Esta situación es más compleja. En la mayoría de los Estados, el soborno activo, es decir, la oferta de soborno a un funcionario nacional, es un delito y en algunos Estados también es delito la oferta de un soborno a un funcionario extranjero. Sin embargo, no todos los Estados tratan las ganancias derivadas de contratos obtenidos ilícitamente del mismo modo que las derivadas de delitos tales como el tráfico de drogas. Los fondos en cuestión son a primera vista ganancias derivadas de una actividad contractual legal: sin embargo, la forma de obtener el contrato es ilícita. Si el contrato obtenido mediante corrupción no se cumple, se cumple de manera deficiente o era innecesario, el Estado de origen del funcionario puede ser considerado, lo mismo que en el caso anterior, la víctima. También pueden considerarse víctimas los competidores que perdieron un negocio porque no quisieron pagar un soborno. La empresa que interviene en un contrato de este tipo puede alegar que no es responsable de las actividades ilegales de sus empleados o agentes y presentarse como víctima en la medida en que sea objeto de sanción. Si se trata de un soborno activo de un funcionario nacional, el asunto puede tener un aspecto transnacional si los fondos en cuestión son transferidos desde el país de origen. Si los fondos se han transferido, la transferencia pudo haber sido legal o ilegal. Si se trata del soborno activo de un funcionario extranjero, por definición existe un aspecto transnacional.

Problemas

7. Los problemas probatorios que plantea la identificación de las ganancias derivadas de contratos obtenidos mediante corrupción pueden ser muy graves ya es que frecuente que los fondos se mezclen con ganancias derivadas de contratos obtenidos legítimamente. Ello se suma a la carga que supone la prueba de la existencia de un soborno activo. En la medida en que intervenga una sociedad, pueden plantearse cuestiones de responsabilidad societaria penal o administrativa difíciles. En la medida en que se trate de una empresa en actividad, en el curso normal de su existencia comercial habrá otros muchos reclamantes de sus activos. En la medida en que los Estados decidan tratar las ganancias derivadas de contratos

obtenidos mediante corrupción como ganancias derivadas del delito, serán aplicables la mayoría de las observaciones que contiene la sección 2 *supra*.

4. Corrupción de un particular que tiene una obligación con otro particular

8. Si se trata del soborno o de la corrupción por un tercero de un agente o empleado, no está claro que ningún Estado tenga derecho a reclamar los bienes en cuestión. El asunto puede ser tratado en el marco del derecho privado como incumplimiento de un contrato o de una obligación fiduciaria y en muchas ocasiones el director o empresario podrá reclamar los activos en cuestión. Si el particular que ha aceptado un soborno es procesado podrá ser sancionado por el Estado demandante. En tales circunstancias, los sobornos pagados también se podrán considerar ganancias derivadas de un delito. La víctima es la persona física o jurídica con la que el empleado o agente corrupto tenía contraída una obligación. Esa persona puede ser nacional de un Estado extranjero. El delito también puede tener un aspecto transnacional si el soborno se paga desde el extranjero o el dinero obtenido se transfiere a otro país. Si se han transferido fondos, la transferencia pudo ser legal o ilegal. Sin embargo, dado que las relaciones en cuestión son de carácter privado, no está claro que la consideración del aspecto transnacional de este tipo de corrupción y de sus ganancias tenga una importancia crucial.

Problemas

9. Las cuestiones que plantea la prueba pueden ser complejas y algunos Estados las abordarán como cuestiones de derecho privado básicamente. Sin embargo, una cuestión importante que ha de plantearse con respecto a esta “corrupción de un particular por otro particular” es si tiene alguna relación con la cuestión de la devolución de activos, que se centra en el interés de un Estado distinto del Estado en que se encuentran los fondos o bienes. ¿Los intereses particularmente afectados son los de los particulares, que pueden defenderlos individualmente?

Observaciones

10. El presente documento se ofrece como motivo de reflexión, en la esperanza de que pueda ayudar a identificar los aspectos del debate sobre la “devolución de activos” en que puede progresarse con más facilidad. El progreso será más sencillo si el Estado de origen del funcionario corrupto tiene un interés claro en la propiedad de los activos. Cuando el interés en la propiedad es menos claro y hay terceros demandantes legítimos, puede ser útil optar por un planteamiento basado en los modelos del trato reservado a las ganancias del delito. En cualquier caso, las cuestiones que plantea la prueba tendrán una importancia fundamental. La identificación de las víctimas puede resultar más o menos compleja en función de los hechos y del tipo de actividad corrupta que haya generado los activos. Aunque se hayan identificado las víctimas, los sistemas de justicia no prevén en todas las circunstancias el resarcimiento de las víctimas del delito. Para acabar, el Canadá presenta este documento oficioso en la esperanza de que promoverá un debate de la cuestión en el futuro, con inclusión de otros planteamientos de la cuestión de la devolución de activos que no se aborden en él.