



Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos

Prólogo

En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, los Estados Miembros se comprometieron a reducir de manera significativa las corrientes ilícitas financieras y fortalecer la recuperación y devolución de bienes robados para 2030 (meta 16.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible). A pesar de este compromiso, se estima que el volumen de bienes que han sido robados de los países en desarrollo supera con mucho el de los bienes devueltos. Se requiere una acción urgente para cumplir el objetivo de reducir los flujos financieros ilícitos y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2030 en su totalidad.

Los activos robados y, de manera más general, la corrupción son cuestiones de derechos humanos porque los actos de corrupción tienen consecuencias negativas para la realización de los derechos humanos. La corrupción erosiona la capacidad de los Estados para atender sus obligaciones básicas mínimas y movilizar el máximo de los recursos disponibles para la progresiva realización de los derechos humanos, incluido el derecho desarrollo. La corrupción también es una cuestión de derechos humanos porque los propios procesos de lucha contra la corrupción y recuperación de activos pueden afectar negativamente el goce de los derechos humanos. Los Estados tienen el deber de adoptar medidas de lucha contra la corrupción, y hacerlo de manera acorde con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Además, el respeto de los derechos humanos es fundamental para prevenir y reprimir la corrupción y el blanqueo de dinero.

Desde 2011, el Consejo de Derechos Humanos ha venido considerando los efectos negativos para el goce de los derechos humanos de la no repatriación de fondos de procedencia ilícita a los países de origen, así como la importancia de mejorar la cooperación internacional a este respecto. En 2021, el Consejo invitó a la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción a que estudiara formas de adoptar un enfoque de la aplicación de la Convención basado en los derechos humanos, entre otras circunstancias cuando se ocupara de la devolución del producto del delito¹.

Para contribuir a esa iniciativa, y en cumplimiento del mandato de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y de la solicitud de la Asamblea General en la resolución 75/182 al efecto de que el Alto Comisionado emprenda actividades destinadas a fortalecer la alianza mundial para el desarrollo, el ACNUDH ha formulado estos Principios Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos. Son el resultado de extensas investigaciones, de amplias consultas con expertos y con el público y de un examen crítico por parte de los Estados Miembros, las organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil. El presente documento, si bien es el resultado de un amplio proceso consultivo, refleja las opiniones del ACNUDH.

La Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos son los mecanismos de las Naciones Unidas establecidos para ocuparse de la cuestión de la recuperación de activos robados. El ACNUDH ha formulado los Principios Recomendados con el propósito de complementar esos procesos intergubernamentales como parte de su mandato de integrar en su labor el derecho al desarrollo en cumplimiento de la resolución 75/182 de la Asamblea General. Los Principios Recomendados no tienen por objeto estipular o modificar obligaciones jurídicas, sino que más bien parten de las posiciones establecidas a fin de promover un debate permanente sobre políticas en esos ámbitos tan importantes para el derecho al desarrollo.

Los Principios Recomendados están diseñados para fomentar la cooperación internacional en el contexto de la recuperación de activos describiendo un enfoque basado en los derechos humanos para la recuperación y la devolución del producto de los delitos de corrupción, y presentando prácticas recomendadas. En los Principios Recomendados se destacan las formas en que el derecho de los derechos humanos y las leyes de lucha contra la corrupción pueden actuar como conjuntos complementarios de normas jurídicas que se refuerzan mutuamente. Los nueve Principios Recomendados abarcan todas las fases del proceso de

¹ Resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos.

recuperación de activos, que comprenden la prevención y la detección de la corrupción, la localización del producto de los delitos de corrupción, la preservación y el decomiso del producto de esos delitos y la devolución y asignación del producto de los delitos de corrupción.

Los Principios Recomendados se presentan como un instrumento práctico que puedan utilizar y tomar como referencia los Estados interesados, las organizaciones internacionales y otras partes interesadas que se ocupen directamente de procesos de recuperación de activos, y como contribución a debates y procesos intergubernamentales encaminados a adoptar un enfoque basado en los derechos humanos para la devolución de activos robados.

Aliento a los Estados, a las organizaciones internacionales y a otras partes interesadas a hacer uso de los Principios Recomendados del ACNUDH.



*Michelle **Bachelet**
Alta Comisionada de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos*

Índice

	<i>Página</i>
Introducción	6
Principio 1: Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos aprobando y aplicando leyes y políticas sobre la prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero.....	10
Principio 2: Los Estados deben velar por que sus leyes y políticas de prevención de la corrupción reflejen los principios del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y la participación	13
Principio 3: Los Estados deben instaurar medidas eficaces para proteger los derechos humanos de las personas que denuncian delitos de corrupción y blanqueo de dinero.....	19
Principio 4: Los Estados deben asegurar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales prestando asistencia y cooperación internacionales para combatir la corrupción y el blanqueo de dinero y para recuperar los activos robados	22
Principio 5: Los Estados deben adoptar medidas eficaces para garantizar los derechos humanos de las personas investigadas, acusadas o condenadas por delitos de corrupción y blanqueo de dinero y sujetas a procedimientos de recuperación de activos	27
Principio 6: Los Estados deben asegurar que las personas cuyos derechos humanos hayan sido vulnerados como consecuencia de la corrupción tengan acceso a un recurso efectivo	30
Principio 7: Los Estados receptores deben asignar los activos recuperados de una manera responsable, transparente y participativa.....	33
Principio 8: Los Estados receptores deben utilizar los activos recuperados de una manera que contribuya a la realización de los derechos humanos.....	36
Principio 9: Los Estados requeridos deben restituir los fondos públicos malversados a los Estados requirentes.....	39

Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos

1. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos aprobando y aplicando leyes y políticas sobre la prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero.
2. Los Estados deben velar por que sus leyes y políticas de prevención de la corrupción reflejen los principios del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y la participación.
3. Los Estados deben instaurar medidas eficaces para proteger los derechos humanos de las personas que denuncian delitos de corrupción y blanqueo de dinero.
4. Los Estados deben asegurar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales prestando asistencia y cooperación internacionales para combatir la corrupción y el blanqueo de dinero y para recuperar los activos robados.
5. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para garantizar los derechos humanos de las personas investigadas, acusadas o condenadas por delitos de corrupción y blanqueo de dinero y sujetas a procedimientos de recuperación de activos.
6. Los Estados deben asegurar que las personas cuyos derechos humanos hayan sido vulnerados como consecuencia de la corrupción tengan acceso a un recurso efectivo.
7. Los Estados receptores deben asignar los activos recuperados de una manera responsable, transparente y participativa.
8. Los Estados receptores deben utilizar los activos recuperados de una manera que contribuya a la realización de los derechos humanos.
9. Los Estados requeridos deben restituir los fondos públicos malversados a los Estados requirentes.

Introducción

1. La corrupción está presente en todos los países, independientemente de su sistema económico o político y de su nivel de desarrollo. El producto de los delitos de corrupción es una forma de los flujos financieros ilícitos, una expresión que hace referencia a fondos que se han adquirido o transferido ilegalmente, así como a conductas relacionadas con prácticas fiscales y comerciales como la elusión fiscal agresiva². Los flujos financieros ilícitos pueden tener profundas consecuencias económicas, sociales y políticas para los países en desarrollo y los países desarrollados. Según la organización no gubernamental Global Financial Integrity, que desde 2008 ha venido publicando estimaciones de los flujos financieros ilícitos hacia los países en desarrollo o desde ellos, se calcula que en 2015 hubo transferencias de salida de los países en desarrollo por un valor de entre 598.000 y 807.000 millones de dólares³. Global Financial Integrity estima asimismo que, entre 2006 y 2015, los flujos financieros ilícitos transferidos desde países en desarrollo representaban en promedio una cifra de entre el 10,8 % y el 12,4 % del volumen total del comercio en esos países⁴. Se calcula que, tan solo en África, se pierden aproximadamente todos los años 86.600 millones de dólares a causa de los flujos financieros ilícitos, según señala la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo⁵. Además, se calculaba que, entre 2010 y 2015, la fuga de capitales de países africanos ascendía a 381.900 millones de dólares⁶.

2. A raíz de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR), una iniciativa conjunta de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial, se llegó a la conclusión de que seguía existiendo una “enorme brecha” entre el producto de delitos de corrupción que se ha recuperado y los millones de dólares que, según se calcula, se han robado a los países en desarrollo⁷. Sobre la base de los casos de recuperación de activos robados comunicados por los Estados que respondieron a un reciente cuestionario de la iniciativa StAR, se estima que entre 2010 y 2020 se devolvió a los países de origen un total de 2.400 millones de dólares⁸.

3. Teniendo en cuenta esas estimaciones y la discrepancia entre el volumen de activos robados y los fondos que finalmente se restituyen, se comprende que la cuestión de la recuperación y la devolución de activos ocupe un lugar destacado en el programa de políticas de los países afectados. La recuperación y la devolución de activos es un medio para financiar el desarrollo, forma parte de los esfuerzos por movilizar recursos financieros internos y es un modo de cumplir la obligación de utilizar al máximo los recursos para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Conceptual Framework for the Statistical Measurement of Illicit Financial Flows* (Ginebra, octubre de 2020), págs. 7 y 8.

³ Global Financial Integrity, *Illicit Financial Flows to and from 148 Developing Countries: 2006–2015* (Washington, D.C., enero de 2019), pág. ix, cuadro X-1. Véase también Panel de Alto Nivel sobre la Responsabilidad, la Transparencia y la Integridad Financieras Internacionales para Lograr la Agenda 2030, *Financial Integrity for Sustainable Development: Report of the High Level Panel on International Financial Accountability, Transparency and Integrity for Achieving the 2030 Agenda* (Nueva York, febrero de 2021), pág. 9.

⁴ *Ibid.*

⁵ UNCTAD, *Tackling Illicit Financial Flows for Sustainable Development in Africa: Economic Development in Africa Report 2020* (Ginebra, 2020).

⁶ Léonce Ndikumana y James K. Boyce, *Capital Flight from Africa: Updated Methodology and New Estimates* (Amherst, Massachusetts, Political Economy Research Institute, junio de 2018).

⁷ Larissa Gray y otros, *Few and Far: The Hard Facts on the Stolen Assets Recovery Initiative* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2014), pág. 2.

⁸ Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “Recopilación de información de los Estados partes sobre la recuperación de activos a nivel internacional, en particular sobre los retos y obstáculos comunicados”, nota preparada por la Secretaría (CAC/COSP/WG.2/2020/4). Se señaló que esa cifra era preliminar y se basaba únicamente en las respuestas recibidas hasta el 18 de septiembre de 2020, por lo que no reflejaba la evolución de los tipos de cambio. Todavía no se habían incorporado varios casos importantes y conocidos de restitución de activos, porque se seguían reuniendo datos y procesando las respuestas de los Estados partes.

refleja esos puntos de vista, en la medida en que los Estados Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a reducir de manera significativa las corrientes ilícitas financieras y fortalecer la recuperación y devolución de bienes robados para 2030 (meta 16.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible)⁹. La Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo contiene un compromiso similar, y para contribuir a cumplirlo la UNODC ha organizado reuniones de expertos internacionales relativas, entre otras cosas, a la recuperación de los activos robados y el desarrollo sostenible¹⁰.

4. Los bienes robados, y de manera más general la corrupción, son cuestiones de derechos humanos porque los actos de corrupción tienen un efecto negativo en la realización de los derechos humanos, y en algunos casos los actos de corrupción pueden incluso constituir una violación de los derechos humanos¹¹. Cuando un funcionario gubernamental malversa bienes públicos, por ejemplo, ello reduce la capacidad del Estado para utilizar el máximo de recursos disponibles para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales¹². Lamentablemente, la historia de los últimos decenios está repleta de ejemplos de soborno en gran escala y de robo de recursos públicos por jefes de Estado y otros altos funcionarios gubernamentales, sus familiares y sus asociados, especialmente en Estados en desarrollo ricos en recursos naturales¹³. La corrupción también es una cuestión de derechos humanos porque las investigaciones y los enjuiciamientos en el marco de la lucha contra la corrupción y del blanqueo de dinero y de los procesos de recuperación de activos también pueden afectar negativamente el goce de otros derechos, como los derechos a la vida, a la libertad, a un juicio imparcial y a la propiedad, así como la prohibición de la tortura y los malos tratos¹⁴. Los Estados están obligados no solo a adoptar medidas de lucha contra la corrupción sino también a hacerlo de manera acorde con sus obligaciones de derechos humanos.

5. La expresión “recuperación de activos”, tal como se utiliza en estos Principios, se refiere al proceso mediante el cual los Estados recuperan el producto del delito¹⁵ y lo restituyen a una jurisdicción extranjera¹⁶. Estos Principios se centran en la recuperación de

⁹ Resolución 71/313 de la Asamblea General; UNODC y UNCTAD, *Conceptual Framework for the Statistical Measurement of Illicit Financial Flows*.

¹⁰ Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, párr. 25; Reunión Internacional de Expertos sobre la Gestión y la Disposición de los Activos Robados que se Hayan Recuperado y Restituido, Incluso en Apoyo del Desarrollo Sostenible, Addis Abeba, 14 a 16 de febrero de 2017 (Addis I); Reunión Internacional de Expertos sobre la Restitución de Activos Robados, Addis Abeba, 7 a 9 de mayo de 2019 (Addis II).

¹¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), *Registered Trustees of the Socio-economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission (UBEC)*, ECW/CCJ/JUD/07/10, sentencia de 30 de noviembre de 2010, párr. 19. El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha definido circunstancias en que la ventaja indebida inherente a una transacción corrupta es constitutiva de tortura o malos tratos. Ello puede adoptar la forma de actos sexuales o de trabajos forzados, por ejemplo. Véase Consejo de Derechos Humanos, “Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, informe del Relator Especial (A/HRC/40/59), párr. 28.

¹² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 1.

¹³ Banco Mundial y UNODC, base de datos de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR). Puede consultarse en <https://star.worldbank.org/corruption-cases/>; véase también Michela Wrong, *In the Footsteps of Mr Kurtz: Living on the Brink of Disaster in Mobutu's Congo* (Nueva York, HarperCollins, 2002).

¹⁴ El derecho a la propiedad no figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero está reconocido en varios instrumentos regionales y mundiales de derechos humanos, incluida la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17).

¹⁵ Con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, por “producto del delito” se entenderá “los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito” (art. 2); véanse también la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. XV, párr. 1; la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 1; y el Convenio del Consejo de Europa Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, art. 1 a).

¹⁶ Gray y otros, *Few and Far*, pág. 9.

activos que han sido malversados, objeto de apropiación indebida o desviados de algún otro modo por un funcionario público, y que en muchos casos han sido objeto de blanqueo de dinero¹⁷. Los Principios también son pertinentes para la recuperación del producto de otros actos de corrupción, como el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de las funciones y el enriquecimiento ilícito¹⁸. No obstante, el producto de esas otras formas de corrupción puede plantear cuestiones jurídicas distintas en un contexto de recuperación de activos, como se expone en el comentario al Principio 9¹⁹. Otras formas de flujos financieros ilícitos, como la evasión fiscal, los precios de transferencia abusivos y las actividades de la delincuencia transnacional, incluidos el narcotráfico y la trata de seres humanos, no son un objeto específico de estos Principios, ya que en ellos intervienen cuestiones jurídicas diferentes, si bien de todos modos los Principios pueden tener pertinencia para esas otras formas de conducta ilícita²⁰. Aunque los Principios se centran en la recuperación de activos en el plano internacional, la mayoría de ellos también son pertinentes en procedimientos de recuperación de activos en el plano nacional, y en los comentarios se hacen referencias a casos y leyes nacionales²¹.

6. Desde 2011, el Consejo de Derechos Humanos ha estado estudiando los efectos negativos de la no repatriación de fondos de procedencia ilícita a los países de origen para el goce de los derechos humanos, y la importancia de mejorar la cooperación internacional a este respecto. En 2021, en su resolución más reciente sobre la cuestión, el Consejo invitó a la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción a estudiar formas de adoptar un enfoque de la aplicación de la Convención basado en los derechos humanos, entre otras circunstancias cuando se ocupara de la devolución del producto del delito²².

7. En el marco de su mandato, el ACNUDH formuló los Principios Recomendados a fin de prestar apoyo a los esfuerzos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas orientados a fortalecer la cooperación en el ámbito de la recuperación de activos robados y, en ese contexto, promover el derecho al desarrollo. Son el resultado de extensas investigaciones, de amplias consultas con expertos y con el público y de un examen crítico por parte de los Estados Miembros, las organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil. El presente documento, si bien es resultado de un amplio proceso consultivo, refleja las opiniones del ACNUDH.

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 17 y 23; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. XI, párr. 1 d); Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, art. 13; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 4, párr. 1 d), y 6; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, arts. 6, párr. 1 e), y 7; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 3 d).

¹⁸ Para las definiciones de cada uno de estos actos de corrupción, véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 15, 16 y 18 a 20; la Convención Interamericana contra la Corrupción, arts. VI, VIII y IX y XI; el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, arts. 2 a 12; la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 4 y 8; y el Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 6.

¹⁹ Véase, por ejemplo, el Principio 9. Para un tratamiento detallado de estas cuestiones, véanse Jacinta Anyango Oduor y otros, *Left out of the Bargain: Settlements in Foreign Bribery Cases and Implications for Asset Recovery* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2014), y Tina Søreide y Abiola Makinwa, eds., *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach* (Cheltenham, Reino Unido, y Northampton, Massachusetts, Estados Unidos, Edward Elgar Publishing, 2020).

²⁰ Para una discusión sobre la expresión general “flujos financieros ilícitos”, véase Mathis Lohaus, *Asset Recovery and Illicit Financial Flows from a Development Perspective: Concepts, Scope and Potential* (Bergen, U4 Anti-Corruption Resource Centre, Chr. Michelsen Institute, 2019).

²¹ Únicamente el Principio 4, relativo a asistencia y cooperación internacional, es aplicable a los procedimientos internacionales de recuperación de activos, a diferencia de los procedimientos nacionales.

²² Resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 15.

8. Los presentes Principios están diseñados para apoyar la cooperación internacional en el contexto de la recuperación de activos describiendo un enfoque basado en los derechos humanos para la recuperación y la devolución del producto de los delitos de corrupción, y presentando prácticas recomendadas. En los Principios se destacan las formas en que el derecho de los derechos humanos y las leyes de lucha contra la corrupción pueden actuar como conjuntos complementarios de normas jurídicas que se refuerzan mutuamente, a pesar de que a menudo han sido tratados como fundamentalmente distintos entre sí tanto por los Estados como por los especialistas. No obstante, puede considerarse que esos dos conjuntos de normas son complementarios y se basan en los mismos principios fundamentales del estado de derecho, la rendición de cuentas, la transparencia y la participación.

9. Los Principios no son jurídicamente vinculantes. Su propósito es más bien prestar apoyo a los Estados en su cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales existentes, sin modificar esos compromisos ni crear nuevas obligaciones. Las prácticas recomendadas que se describen en el comentario a los Principios se han definido mediante un proceso de investigación y consulta pública y se han seleccionado con miras a representar la diversidad de sistemas jurídicos y las consideraciones tanto de los Estados que solicitan la recuperación de activos como de aquellos a quienes se solicita que restituyan los activos. Los usuarios a los que está destinado principalmente este documento son los Estados, las organizaciones internacionales y las organizaciones de la sociedad civil.

10. Los nueve Principios abarcan todas las fases del proceso de recuperación de activos, que comprenden la prevención y la detección de la corrupción, la localización del producto de los delitos de corrupción, la preservación y el decomiso del producto de esos delitos y la devolución y asignación del producto de los delitos de corrupción. Cada Principio viene acompañado de un comentario, en el que se exponen el marco jurídico pertinente y las mejores prácticas. En los Principios se indican y se describen los instrumentos internacionales y regionales que rigen las cuestiones relativas a la corrupción, el blanqueo de dinero y los derechos humanos, así como las decisiones de tribunales regionales y subregionales de derechos humanos.

Principio 1: Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos aprobando y aplicando leyes y políticas sobre la prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero

Comentario

11. El Principio 1 trata de la prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero, que es parte integrante del marco jurídico que rige la recuperación de activos²³. Mediante las leyes, las políticas y las instituciones diseñadas para prevenir la corrupción y el blanqueo de dinero a nivel nacional, los Estados pueden evitar la necesidad de recuperar activos robados. Las instituciones nacionales pertinentes son un poder judicial independiente, los órganos de lucha contra la corrupción y las unidades de inteligencia financiera. Las medidas para combatir el blanqueo de dinero son una parte fundamental del marco jurídico que rige la recuperación de activos, ya que impiden que los culpables de la corrupción puedan disimular la procedencia ilegal del producto de las actividades corruptas. Normalmente los funcionarios públicos corruptos no pueden utilizar los activos robados hasta haber logrado integrarlos en el sistema financiero mundial sin levantar sospechas. Por ello las medidas para combatir el blanqueo de dinero y las medidas de lucha contra la corrupción están inextricablemente vinculadas²⁴.

12. Además de formar parte del marco jurídico que rige la recuperación de activos, las medidas de prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero también pueden considerarse un instrumento decisivo que los Estados pueden utilizar para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. A causa de los efectos negativos de la corrupción para el goce de los derechos humanos, los Estados deberían instaurar medidas para impedir esas conductas. La prevención de la corrupción y el blanqueo de dinero pueden considerarse desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, en cuyo marco los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos todos los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, así como el derecho al desarrollo²⁵.

13. El deber de protección en el marco del derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados una obligación de impedir que actores no estatales obstaculicen el goce de los derechos humanos²⁶. En el contexto de la corrupción, el blanqueo de dinero y la recuperación de activos, los principales actores privados son las empresas comerciales, las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras designadas²⁷. Las entidades del sector privado pueden desempeñar una función decisiva en la mala asignación o el robo de fondos públicos, por lo que su conducta debe ser objeto de regulación como parte de una estrategia de lucha contra la corrupción o contra el blanqueo de dinero. Impidiendo que actores privados intervengan en conductas corruptas o faciliten el blanqueo de dinero,

²³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 5 a 14 y 52; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 5 y 7; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4.

²⁴ Grupo de Acción Financiera, *Laundering the Proceeds of Corruption* (París, 2011).

²⁵ Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 3 (1990) y observación general núm. 24 (2017).

²⁶ Consejo de Derechos Humanos, informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie: “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’” (A/HRC/17/31), Principio 1; Consejo de Derechos Humanos, informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos (A/HRC/28/73), párr. 9.

²⁷ Para una definición de las actividades y profesiones no financieras designadas, véase Grupo de Acción Financiera (GAFI), *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación: Las recomendaciones del GAFI* (París, actualizado en octubre de 2021), glosario, págs. 120 y 121.

los Estados impiden que esos actores influyan negativamente en la utilización óptima de los fondos públicos para la realización de los derechos humanos.

14. El deber de efectividad en el marco del derecho internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a tomar medidas positivas para facilitar el goce de los derechos humanos. Para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, se requiere hacer el máximo uso posible de los recursos disponibles para fines como la financiación de las escuelas públicas y los sistemas de atención de la salud²⁸. Investigaciones realizadas por economistas especializados en el desarrollo ponen de manifiesto que existe una correlación entre la corrupción y la desviación de recursos públicos, que dejan de dirigirse a la realización de los derechos humanos, por ejemplo mediante el financiamiento de los servicios de educación y de atención de la salud²⁹. Las leyes de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero tienen como objetivo impedir esas desviaciones de fondos públicos y contribuir a lograr que los recursos gubernamentales se dediquen a la realización de los derechos humanos.

15. Así, el Principio 1 se basa en la idea de que el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de derechos humanos puede verse fortalecido por el cumplimiento de los tratados de lucha contra la corrupción y las normas contra el blanqueo de dinero³⁰. De manera general, ese cumplimiento supone aprobar y aplicar leyes o reglamentos para luchar contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero, formular políticas de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero y establecer y financiar órganos para combatir la corrupción a nivel nacional³¹. Hay varias medidas preventivas de lucha contra la corrupción que son particularmente pertinentes para impedir el robo de fondos públicos. La conducta de los funcionarios públicos puede regularse, en parte, mediante códigos o normas de conducta a fin de “cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones”³². Además, los Estados pueden exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones en relación “con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus

²⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 1; véanse también Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8, párr. 4, en que se dispone que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considerará hasta qué punto son “razonables” las “medidas adoptadas” por el Estado parte de conformidad con el Pacto. Con respecto al significado de la expresión “máximo uso”, véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 12 (1999), párr. 17, y observación general núm. 14 (2000), párr. 47.

²⁹ Véanse, por ejemplo, Sanjeev Gupta, Hamid Davoodi y Erwin Tiongson, “Corruption and the provision of health care and education services” (International Monetary Fund working paper WP/00/116) (2000); Clara Delavallade, “Corruption and distribution of public spending in developing countries”, *Journal of Economics and Finance*, vol. 30 (2006), pág. 222.

³⁰ Consejo de Derechos Humanos, “Dificultades y mejores prácticas de los Estados para integrar los derechos humanos en sus estrategias y políticas nacionales de lucha contra la corrupción, incluidas las relativas a los agentes no estatales, como el sector privado”, informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/44/27), párr. 41: “Se puede considerar que la adopción de procedimientos de cumplimiento de las normas anticorrupción forma parte del deber de proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos”.

³¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 6; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 9; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 5, párr. 3; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 h); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 g). Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (OEA/Ser.L/V/II.132) (2008), pág. 26, en que se hace referencia a la existencia, el empoderamiento y la financiación de un organismo de vigilancia de la lucha contra la corrupción como indicador estructural para los informes nacionales sobre los progresos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

³² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 8, párr. 2; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párrs. 1 y 2; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 7, párr. 2; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 a); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4, párr. 1 a).

atribuciones como funcionarios públicos”³³. La reforma de las normas sobre la divulgación de la identidad del propietario efectivo puede ser útil para impedir que los funcionarios públicos oculten la propiedad y el control que ejercen sobre activos ilícitos y para poner remedio al daño causado por dicha conducta³⁴. El mal uso de los recursos públicos puede impedirse en parte estableciendo y manteniendo unos sistemas y prácticas de gestión de las finanzas públicas que estén abiertos a examen, así como información sobre los recursos públicos a la que se pueda acceder libremente cuando convenga³⁵.

16. Entre las medidas preventivas para combatir el blanqueo de dinero figuran las obligaciones de diligencia debida para las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras designadas³⁶. Las principales normas exigen identificar a los clientes, identificar a los propietarios efectivos, mantener registros y comunicar las transacciones sospechosas a las unidades de inteligencia financiera³⁷. Los Estados deben adoptar medidas para combatir el blanqueo de dinero que sean acordes con un enfoque basado en el riesgo, con arreglo al cual el régimen de lucha contra el blanqueo de dinero establecido corresponde a los riesgos determinados³⁸. Esas medidas de lucha contra el blanqueo de dinero tienen como objetivo prevenir, detectar y localizar el blanqueo de dinero, de modo que se facilite tanto la recuperación de los activos como la prevención³⁹. Al requerir que las instituciones financieras inicien esos procedimientos, los Estados procuran proteger la integridad de los fondos públicos impidiendo que los funcionarios blanqueen el producto de los delitos de corrupción.

17. El presente comentario no ofrece ninguna lista exhaustiva de medidas preventivas de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero ni una descripción más a fondo del contenido sustantivo de esas medidas, que ya son objeto de instrumentos y estudios amplios y detallados⁴⁰. El presente comentario se propone más bien subrayar la interrelación entre el derecho de los derechos humanos y las medidas de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero. Teniendo en cuenta los efectos negativos de la corrupción para el goce de los derechos humanos, el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de derechos humanos supone el cumplimiento de los tratados de lucha contra la corrupción y las normas contra el blanqueo de dinero. No obstante, como se expone en el comentario al Principio 5, las propias medidas de lucha contra la corrupción pueden tener efectos negativos para los derechos humanos, y los Estados deben instaurar medidas para impedir esas violaciones.

³³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 8, párr. 5; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 4; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 7, párr. 1; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 g).

³⁴ Consejo de Derechos Humanos, “Relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción”, informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/44/43), párrs. 33 y 34.

³⁵ Consejo de Derechos Humanos, “Dificultades y mejores prácticas de los Estados para integrar los derechos humanos en sus estrategias y políticas nacionales de lucha contra la corrupción, incluidas las relativas a los agentes no estatales, como el sector privado” (A/HRC/44/27), párr. 30.

³⁶ Con respecto a la debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos, véase Consejo de Derechos Humanos, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, Principio 17.

³⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 14 y 52; GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*, recomendaciones 10 y 24 y 25.

³⁸ GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*, recomendación 1.

³⁹ Véase, de manera más general, GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*, recomendaciones 9 a 23. Las obligaciones de presentación de información por las propias empresas son un instrumento útil para la detección del blanqueo de dinero y de la corrupción. Exigiendo o alentando la presentación de información por las propias empresas, los Estados pueden facilitar la detección de delitos de blanqueo de dinero y de corrupción.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*.

Principio 2: Los Estados deben velar por que sus leyes y políticas de prevención de la corrupción reflejen los principios del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y la participación

Comentario

18. El estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y el derecho a participar en los asuntos públicos⁴¹ son principios fundamentales tanto de las leyes de lucha contra la corrupción como del derecho de los derechos humanos. El artículo 5, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción estipula que “cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”. El Principio 2 se centra concretamente en los principios del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y la participación porque esos principios son comunes tanto a las leyes de lucha contra la corrupción como al derecho de los derechos humanos. Dicho de otro modo, puede considerarse que esos dos conjuntos de normas jurídicas están basados en los mismos principios fundamentales o que comparten algunos de ellos.

19. El estado de derecho es un principio de gobernanza que requiere que todas las personas, instituciones y entidades, tanto públicas como privadas, incluido el propio Estado, tengan la obligación de rendir cuentas con arreglo a leyes que se promulguen públicamente, se apliquen por igual y se hagan cumplir de manera independiente, y que sean acordes con las normas y criterios internacionales de derechos humanos⁴². Más concretamente, el estado de derecho requiere medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal⁴³. La realización de los derechos humanos y el estado de derecho están interrelacionados: el estado de derecho es esencial para la realización de los derechos humanos, lo cual, a su vez, refuerza el estado de derecho⁴⁴. Además, el estado de derecho es esencial para hacer frente a la corrupción y prevenirla, porque la corrupción supone necesariamente un proceso de adopción de decisiones no transparente, arbitrario e injusto por parte de los funcionarios gubernamentales⁴⁵.

20. La obligación de rendir cuentas puede definirse como “una relación entre un actor y un foro en la cual el actor tiene la obligación de explicar y justificar su conducta, el foro puede formular preguntas y emitir un juicio y el actor debe afrontar las consecuencias”⁴⁶. En el contexto de la recuperación de activos, el actor sería el Gobierno (o un departamento o un funcionario del Gobierno) del Estado requerido o requirente. El foro podría ser la sociedad del Estado requerido o requirente. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el término “sociedad” se refiere a “personas y grupos que no pertenezcan al

⁴¹ Los conceptos “derecho a participar” y “participación” se tratan como sinónimos del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos estipulado en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, informe del Secretario General (S/2004/616), párr. 6; resolución 67/1 de la Asamblea General; Consejo de Europa, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Criterios de verificación del estado de derecho (CDL-AD(2016)007rev) (Estrasburgo, 2016).

⁴³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, párr. 6.

⁴⁴ Resolución 67/1 de la Asamblea General, párr. 7.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 25.

⁴⁶ Mark Bovens, “Analysing and assessing accountability: a conceptual framework”, *European Law Journal*, vol. 13, núm. 4 (2007), págs. 447 y 450.

sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad⁴⁷.

21. Esta relación de rendición de cuentas entre el actor y el foro consta de tres elementos. Primero, el actor (un departamento o funcionario gubernamental) debe informar al público sobre su conducta aportando información, explicaciones y justificaciones⁴⁸. Segundo, el actor debe poder responder por su conducta, lo cual significa que el foro (el público) debe tener la posibilidad de formular preguntas al actor, así como de cuestionar la adecuación de la información proporcionada acerca de su conducta⁴⁹. Tercero, el foro puede emitir un juicio sobre el actor imponiendo algún tipo de sanciones, por ejemplo condenando la conducta de un funcionario gubernamental⁵⁰. La obligación de rendir cuentas se centra en procesos *ex post facto*, que entrañan la obligación de proporcionar respuestas, así como las sanciones después de que el actor haya adoptado decisiones⁵¹. Tanto el derecho de los derechos humanos como las leyes de lucha contra la corrupción desempeñan una función en el establecimiento de un marco jurídico que garantice la rendición de cuentas. En particular, el derecho de los derechos humanos proporciona una base jurídica para los principios de transparencia y participación, que son decisivos para asegurar la obligación de proporcionar respuestas⁵².

22. La transparencia es una condición indispensable para la prevención de la corrupción y, de manera más general, para el goce de los derechos humanos⁵³. El principio de transparencia se fundamenta en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se estipula que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a buscar y recibir información, es decir, el derecho a acceder a la información⁵⁴. Según el Comité de Derechos Humanos, para dar efecto al derecho de acceso a la información los Estados partes en el Pacto deberían proceder activamente a la incorporación al dominio público de la información del Gobierno que sea de interés público⁵⁵. Desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción, tiene una importancia particular la información sobre las finanzas públicas, los contratos públicos, los procesos públicos de adopción de decisiones y los sistemas de recursos humanos del sector público. Los Estados partes deberían hacer todo lo posible para garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico a esa información de interés público a petición de una persona o asociación⁵⁶. No obstante, en el contexto de la contratación pública, la transparencia debe mantenerse de manera equilibrada, lo cual significa que las autoridades gubernamentales deben evitar exigir que se divulgue

⁴⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 13; véanse también Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 11; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 12 (“Sociedad civil y medios de comunicación”); Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 e); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 i).

⁴⁸ Bovens, “Analysing and Assessing Accountability”, págs. 447 y 451; sobre la distinción entre responsabilidad y rendición de cuentas, véase James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013) págs. 83 y 84.

⁴⁹ Bovens, “Analysing and Assessing Accountability”, págs. 447 y 451.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, pág. 467.

⁵² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y Centro por los Derechos Económicos y Sociales, *Who Will Be Accountable? Human Rights and the Post-2015 Development Agenda* (HR/PUB/13/1/Add.1) (Ginebra y Brooklyn, Nueva York, 2013), pág. 11.

⁵³ Andrea Bianchi, “On power and illusion: the concept of transparency in international law”, en *Transparency in International Law*, Andrea Bianchi y Anne Peters, eds. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

⁵⁴ Véanse también Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 9; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), art. 10; resolución 70/1 de la Asamblea General, meta 16.10 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: “Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011), párr. 19.

⁵⁶ *Ibid.*

información sensible que los licitadores pudieran utilizar para distorsionar la competencia⁵⁷. Teniendo en cuenta el derecho de acceso a la información, las autoridades gubernamentales deberían interpretar de manera restrictiva los motivos para negarse a divulgar información, y deberían exponer claramente sus motivos para esa negativa en casos particulares. En el contexto de la pobreza extrema, es posible que los Estados deban adoptar medidas especiales para asegurar que la información se difunda de manera accesible y comprensible para las personas de los grupos más pobres o más desaventajados, que posiblemente sean analfabetas o se topen con barreras idiomáticas⁵⁸. Por último, el derecho a acceder a la información abarca la información que está en poder del Estado pero que todavía no es del dominio público⁵⁹. Por consiguiente, los Estados deben establecer procedimientos, como leyes sobre libertad de información, de modo que las personas puedan obtener acceso a esa información⁶⁰.

23. La transparencia permite a los individuos o a las entidades desempeñar una función de vigilancia con respecto a asuntos de legítimo interés para el público⁶¹. Se acepta ampliamente que la lucha contra la corrupción es un asunto de legítimo interés para el público, ya que se refiere a la asignación de fondos públicos y, de manera más general, a los procesos gubernamentales de adopción de decisiones⁶². El suministro de información por el Gobierno a un individuo permite la circulación de esa información en la sociedad, que de este modo puede acceder a la información y evaluarla⁶³. El acceso a la información que está en poder del Gobierno permite a las personas “cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”⁶⁴. Para asegurar que una participación significativa sea posible, las autoridades públicas deben incorporar el acceso a la información en todas las etapas de la adopción de decisiones, desde la planificación inicial hasta la presupuestación, la ejecución, el seguimiento y la evaluación⁶⁵. Sin información sobre el proceso mediante el cual un Gobierno privatiza una industria o concede subvenciones, por ejemplo, las personas pueden no tener la posibilidad de reclamar con eficacia sus derechos. Por ello el acceso a la información, y el derecho conexo a la

⁵⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “Recomendación del Consejo sobre contratación pública” (C(2015)2), recomendación II i); OCDE, “Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública” (C(2012)115), recomendación 4: “Al publicar los resultados de una licitación, cabe considerar con atención el tipo de información que se publica y evitar revelar datos sensibles en términos de competencia, pues esto puede facilitar la formación de esquemas de colusión o manipulación de ofertas en el futuro”.

⁵⁸ Véase Consejo de Derechos Humanos, informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona (A/HRC/23/36), donde se indica que la información “debe ser gratuita, pertinente, actual y comprensible y estar disponible sin términos o jerga técnica en los idiomas locales”. Además, para llegar a los más pobres puede ser necesario difundir información en forma no escrita (por ejemplo, a través de anuncios radiofónicos) (párr. 61).

⁵⁹ Nicola Wenzel, “Opinion and expression, freedom of, international protection”, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, última actualización, abril de 2014), párr. 19.

⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos, informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, párr. 61. Véase también Comisión de Derechos Humanos, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la libertad de expresión”, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Abid Hussain (E/CN.4/2000/63), anexo II: “El derecho del público a saber – Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información”.

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, dictamen, *Toktakunov c. Kirguistán* (CCPR/C/101/D/1470/2006), párr. 7.4.

⁶² Asamblea General, informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/70/361), donde se señala que cabría presumir que la corrupción debe considerarse una cuestión de interés público (párr. 10).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude-Reyes y otros c. Chile*, Serie C, núm. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 86.

⁶⁵ ACNUDH, *Directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en la vida pública* (Ginebra, 2018), párr. 23.

participación, permiten a las personas defender sus propios derechos humanos y luchar contra la corrupción⁶⁶.

24. El derecho a participar en los asuntos públicos es importante para prevenir la corrupción, así como, de manera más general, para el goce de los derechos humanos. El derecho a participar en los asuntos públicos tiene su fundamento en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula que todos los ciudadanos gozarán del derecho y la oportunidad de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”⁶⁷. Por tanto, garantizar que los ciudadanos tengan el derecho y la oportunidad de participar en los asuntos públicos es una obligación para los Estados partes en el Pacto, y no una simple opción de políticas que los Gobiernos puedan elegir no aplicar⁶⁸. El derecho a participar en los asuntos públicos depende de la transparencia y del derecho a acceder a la información, ya que la información sobre los procesos gubernamentales de adopción de decisiones permite o facilita la contribución del público a esas decisiones y su valoración de ellas⁶⁹.

25. El término “asuntos públicos” es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo⁷⁰. El término “asuntos públicos” abarca todos los aspectos de la administración pública a todos los niveles: local, regional, nacional e internacional⁷¹. La participación en los asuntos públicos puede ejercerse directa o indirectamente⁷². La participación directa supone para los ciudadanos ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos, ocupando cargos ejecutivos o administrativos y mediante referendos u otros procesos electorales⁷³. La participación indirecta supone que los ciudadanos ejercen influencia en los asuntos públicos mediante el debate público con sus representantes libremente elegidos y gracias a su capacidad para organizarse⁷⁴. En un contexto de lucha contra la corrupción, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación desempeñan funciones particularmente importantes para fomentar la participación, mediante el debate público y el diálogo sobre las finanzas públicas y los procesos de adopción de decisiones.

26. La participación en los asuntos públicos debería producirse en todas las etapas de los procesos gubernamentales de adopción de decisiones, y puede adoptar muchas formas diferentes, en función de la etapa y de las circunstancias. Los Estados deben hacer efectivo el derecho a la participación en etapas tempranas de la adopción de decisiones, cuando se están fijando las agendas y se están estableciendo las prioridades, y cuando todas las opciones están aún abiertas⁷⁵. Dado que la participación es un proceso continuo, los Estados deben velar por que se mantenga en etapas posteriores, cuando es posible supervisar la aplicación de una ley, una política, un proyecto o un programa y, en consecuencia, evaluarla⁷⁶. Con respecto a la forma de la participación, puede producirse de manera telemática (por ejemplo, mediante procesos de consulta por escrito o a través de los medios sociales) o en persona (por

⁶⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Azerbaiyán (E/C.12/1/Add.20), párr. 29.

⁶⁷ Véase también la meta 16.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: “Garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades a todos los niveles”; resolución 41/128 de la Asamblea General, art. 8.

⁶⁸ Véanse también Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21, párr. 1; Consejo de Derechos Humanos, informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, párr. 24.

⁶⁹ Consejo de Derechos Humanos, “Proyecto de directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en los asuntos públicos”, informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/39/28), párr. 15.

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 25 (1996), párr. 5.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, párr. 6.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 8.

⁷⁵ Consejo de Derechos Humanos, “Proyecto de directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en los asuntos públicos”, párrs. 64 y 70.

⁷⁶ Consejo de Derechos Humanos, informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, párr. 26; Consejo de Derechos Humanos, “Proyecto de directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en los asuntos públicos”, párr. 84.

ejemplo, en audiencias públicas, grupos de interesados u órganos consultivos)⁷⁷. La participación puede realizarse con diferentes grados de intensidad, que abarcan desde la consulta y el diálogo hasta la asociación o la redacción conjunta⁷⁸. La participación en los asuntos públicos no debe limitarse a aspectos marginales o periféricos de esos asuntos públicos, sino que debe centrarse en cuestiones fundamentales, como los servicios públicos, los presupuestos y la política fiscal⁷⁹. La conciencia pública de la corrupción en el contexto de la contratación pública o del gasto público, por ejemplo, y el debate al respecto representan manifestaciones importantes del derecho a participar en los asuntos públicos.

27. En las leyes de lucha contra la corrupción desempeñan un papel fundamental los principios del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas, la transparencia y el derecho a la participación en los asuntos públicos. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala como una de sus finalidades principales la promoción de “la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos”⁸⁰. En el capítulo II de la Convención, referente a la prevención de la corrupción, se concretan más específicamente esos principios generales mediante disposiciones sobre la gestión transparente y responsable de las finanzas públicas y la administración pública, una conducta transparente de los funcionarios públicos y la participación de la sociedad civil en la prevención de la corrupción⁸¹.

28. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere una gestión transparente y responsable de la contratación pública y de las finanzas públicas y, de manera más general, una administración pública transparente⁸². Para lograr la transparencia, las medidas que adopten los Estados partes para gestionar sus finanzas públicas deben incluir procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional y la presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos⁸³. Los Estados partes deben asegurar la rendición de cuentas aplicando normas de contabilidad y auditoría, sistemas de gestión de riesgos y control interno y, cuando proceda, adoptando medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos⁸⁴. Los Estados partes también deben adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas para aumentar la transparencia en su administración pública instaurando procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre los procesos de adopción de decisiones de su administración pública⁸⁵. La administración del sector público, y en particular de los sistemas de recursos humanos (por ejemplo, para la contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos), debe basarse en el principio de transparencia⁸⁶. Con respecto a la participación en los asuntos públicos, los Estados partes

⁷⁷ Consejo de Derechos Humanos, “Proyecto de directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en los asuntos públicos”, párrs. 54, 64 y 74.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 53.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 73.

⁸⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 1 c).

⁸¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 7 a 10 y 13; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 5 y 7; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4.

⁸² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 9 y 10; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párrs. 1 y 5; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 5, párr. 4, y 7, párr. 4; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 b) y f); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 b) y c).

⁸³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 9, párr. 2 a) y b); Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 6; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 5, párr. 4.

⁸⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 9, párr. 2 c) a e).

⁸⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 10; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 9 y 12; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 d).

⁸⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 7; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 5; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 5, párr. 4; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África

deben adoptar medidas adecuadas, dentro de los medios de que dispongan y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de la sociedad, incluida la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción⁸⁷.

29. El capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ofrece relativamente pocos detalles sobre la forma en que esos principios generales de la obligación de rendir cuentas, la transparencia y la participación pueden ser aplicados en la práctica por los Estados partes. Por consiguiente, las disposiciones relativas a la prevención de la corrupción deben interpretarse a la luz del derecho de los derechos humanos, que se trata con detalle en los principios que siguen. Dado que esos principios se han debatido ampliamente en el marco del derecho de los derechos humanos, este ámbito jurídico puede ser útil para la formulación de una mejor comprensión de los requisitos de las disposiciones de lucha contra la corrupción y la forma en que estas pueden aplicarse en la práctica⁸⁸.

30. **Práctica recomendada.** En relación con la obligación de rendir cuentas, la transparencia y el derecho a participar en los asuntos públicos⁸⁹, las mejores prácticas incluyen el “compromiso de transparencia” de la Coalición UNCAC, que constituye un conjunto de principios relativos a la transparencia y a la participación en el contexto del proceso de examen de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Al firmar ese compromiso, los Estados partes se comprometen a publicar información sobre el proceso de examen y los documentos producidos en su contexto, y a incluir a la sociedad civil en aspectos del proceso de examen⁹⁰. También es posible fomentar la transparencia mediante la adhesión a los principios formulados por el Grupo de Liderazgo sobre la Propiedad Efectiva de la Alianza para el Gobierno Abierto. Esos principios recomendados de divulgación requieren datos abiertos de libre acceso sobre los propietarios efectivos para impedir abusos por parte de las empresas que puedan facilitar la corrupción, otros delitos o la evasión fiscal. En los Estados ricos en recursos, la participación en la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas puede considerarse una buena práctica para asegurar la transparencia de los ingresos y los gastos y la participación en los asuntos públicos⁹¹. Con respecto a la participación de la sociedad civil en iniciativas de lucha contra la corrupción y recuperación de activos, el Instituto de Gobernanza de Basilea, y en particular su Centro Internacional para la Recuperación de Activos, brindan un ejemplo de la forma en que las organizaciones sin fines de lucro pueden desempeñar un papel importante impartiendo capacitación y prestando apoyo a la reforma de las leyes y las políticas en un contexto de recuperación de activos. Los Estados pueden promover la rendición de cuentas aplicando una legislación nacional que haga menos estrictos los requisitos de fundamentación en los procedimientos civiles relativos a la corrupción. Como se expone en el comentario al Principio 6, unas normas de fundamentación más flexibles permitirían a los demandantes iniciar litigios de interés público en relación con las consecuencias negativas de la corrupción.

Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 b); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 c).

⁸⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 13; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr 11; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 12; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 e); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 i).

⁸⁸ Este enfoque de la interpretación de los tratados es acorde con el principio de integración sistémica de los tratados. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31, párr. 3 c).

⁸⁹ Sobre el derecho a participar en los asuntos públicos, véase ACNUDH, *Proyecto de directrices para los Estados sobre la puesta en práctica efectiva del derecho a participar en los asuntos públicos*.

⁹⁰ Véase <https://uncaccoalition.org/uncac-review/transparency-pledge/>.

⁹¹ Véase Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”, 4 de diciembre de 2017, recomendación 1.

Principio 3: Los Estados deben instaurar medidas eficaces para proteger los derechos humanos de las personas que denuncian delitos de corrupción y blanqueo de dinero

Comentario

31. Las personas que dan a conocer actos de corrupción, como los denunciantes de irregularidades, pueden desempeñar una función decisiva en la detección de actos de corrupción y blanqueo de dinero que tal vez den lugar a la necesidad de la recuperación de activos. Los derechos humanos de los denunciantes pueden ser especialmente vulnerables en situaciones que entrañan informar sobre la conducta corrupta de funcionarios gubernamentales. Los derechos humanos en cuestión en este contexto son el derecho a la vida, el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la libertad de expresión. Por consiguiente, la protección de los denunciantes exige una consideración específica en el contexto de la recuperación de activos.

32. Tanto el derecho de los derechos humanos como las leyes de lucha contra la corrupción abordan la situación de las personas que revelan datos, un concepto que se refiere a personas que divulgan información y que, en el momento de divulgarla, tienen la creencia razonable de que es cierta y que constituye una amenaza o daño a un interés público concreto, como la violación del derecho nacional o internacional, abusos de autoridad, malgasto o fraude⁹². Las personas que revelan datos desempeñan una función importante en la detección de actos de corrupción, ya que los culpables de esos actos suelen esforzarse mucho en ocultar sus conductas. Por tanto, la detección de la corrupción depende, en parte, de que alguien comunique la información pertinente a las autoridades gubernamentales, si bien una protección insuficiente de los denunciantes o situaciones de represalias contra ellos pueden disuadir a las personas de dar el paso de denunciar actos de corrupción.

33. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aborda la necesidad de proteger a los denunciantes, si bien lo hace de forma semiobligatoria, en el sentido de que requiere que los Estados partes consideren la posibilidad de aplicar medidas de protección de los denunciantes, pero sin exigir a los Estados partes que brinden esa protección⁹³. Cada Estado parte tiene la obligación de considerar la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la Convención⁹⁴. Los Estados partes también tienen la obligación de considerar la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien actos de corrupción cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones⁹⁵. Estas disposiciones han generado un importante cuerpo de comentarios, que en buena medida aclaran el contenido sustantivo de las protecciones de los denunciantes de irregularidades en un contexto de lucha contra la corrupción⁹⁶.

⁹² Asamblea General, informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, párr. 28.

⁹³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 8, párr. 4, y 33; véanse también Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, art. 9; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 8; Organización de Estados Americanos, Proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 5, párr. 6; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 c); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4 e).

⁹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 33.

⁹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 8, párr. 4, y 38.

⁹⁶ Véanse, por ejemplo, Transparency International, *Whistleblower Protection and the UN Convention Against Corruption* (Berlín, 2013); UNODC, *The United Nations Convention against Corruption: Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons* (Nueva York, 2015); UNODC, *State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption: Criminalization, Law Enforcement and International Cooperation*, 2ª ed. (Viena, 2017), págs. 152 a 157.

34. De conformidad con el derecho de los derechos humanos, la protección de los denunciantes está abarcada por numerosos derechos, incluido el derecho a la libertad de expresión y el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad. Los Estados tienen una obligación legal de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos⁹⁷. Así pues, mientras que las leyes de lucha contra la corrupción no exigen la protección de los denunciantes, el derecho de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones legales de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión de todas las personas que se encuentran en su territorio y bajo su jurisdicción, incluidos los denunciantes de irregularidades. Por tanto, el derecho de los derechos humanos complementa las leyes de lucha contra la corrupción con respecto a la protección de los denunciantes⁹⁸. La obligación de los Estados de instaurar protecciones para los denunciantes supone medidas para garantizar el derecho a la libertad de expresión y asegurar la protección contra amenazas, violencia, represalias u otros actos contra los denunciantes⁹⁹. La comunicación de información sobre conductas corruptas corresponde específicamente al ámbito del derecho a impartir información¹⁰⁰. Además, la divulgación de información por los denunciantes está abarcada por el derecho a recibir información. El derecho a recibir información promueve el principio de transparencia, y permite la formulación de opiniones y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos¹⁰¹.

35. **Práctica recomendada.** La obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión supone que los Estados deben especificar y proporcionar en sus leyes internas, de manera explícita y clara, protecciones a los denunciantes y a sus familiares¹⁰². Esas protecciones deben abordar la cuestión de la coacción o el hostigamiento de los denunciantes y de sus familias, la discriminación, los daños a una persona o a una propiedad, las amenazas de represalias, la pérdida del empleo, la suspensión o el descenso de categoría, el traslado u otro tipo de penalidad, sanciones disciplinarias, inclusión en una lista negra o enjuiciamiento por incumplimiento de las leyes de confidencialidad, la calumnia o la difamación¹⁰³. Además, las leyes nacionales deberían requerir que los denunciantes tuvieran un convencimiento razonable de que se ha producido una conducta indebida, independientemente de que la información resulte ser correcta e independientemente de las motivaciones del denunciante en el momento de comunicarlo¹⁰⁴. Cuando una persona tenga un convencimiento razonable de que se ha producido un acto de corrupción, los Estados no deben desalentar a esa persona de comunicar sospechas de corrupción y no deben iniciar actuaciones penales contra ella¹⁰⁵. Las personas que revelan datos deberían tener acceso a mecanismos de divulgación externos si tienen una sensación razonable de que los procesos internos carecen de medidas eficaces

⁹⁷ Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos); Asamblea General, informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (A/70/217), párrs. 69 y 70 y 91; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Aristeu Guida Da Silva y familia c. el Brasil*, Informe núm. 7/16, Caso 12.213, 13 de abril de 2016.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos.

⁹⁹ El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Véanse también Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 9.

¹⁰⁰ Asamblea General, informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, párr. 5.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, párr. 41.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 30 y 31.

¹⁰⁵ Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Álvarez Ramos c. Venezuela*, sentencia de 30 de agosto de 2019, párrs. 76 a 132; Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso*, demanda núm. 004/2013, sentencia de 5 de diciembre de 2014.

de protección y reparación¹⁰⁶. Una vía externa pero confidencial para la divulgación puede ser la que ofrece un ombudsman independiente u otro órgano de supervisión independiente¹⁰⁷. Cuando los denunciantes recurren a la divulgación pública deben hacerlo ateniéndose a las restricciones impuestas en la legislación nacional, de conformidad con el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁸. La divulgación pública externa incluiría la comunicación de información a entidades externas como los medios de comunicación u organizaciones de la sociedad civil, o bien su publicación independiente¹⁰⁹.

36. **Práctica recomendada.** Además de proteger a las personas que denuncien actos de corrupción, los Estados pueden además incentivar a las personas que presentan esas comunicaciones. Algunos Estados han establecido leyes que premian a las personas que proporcionan voluntariamente a las autoridades gubernamentales información que conduzca a medidas de ejecución positivas con la consecuencia de sanciones monetarias superiores a un umbral determinado¹¹⁰. Mientras que esas leyes no son específicas para los actos de corrupción o de blanqueo de dinero, pueden desempeñar un papel importante para alentar a las personas a denunciar esas conductas, especialmente si se tiene en cuenta hasta qué punto los denunciantes de irregularidades relacionadas con la corrupción tienden a sufrir consecuencias negativas en el plano profesional y financiero. Las ventajas de alentar este tipo de denuncias pueden ser superiores a sus costos, que pueden adoptar la forma de falsas denuncias cuya tramitación requeriría la utilización de recursos gubernamentales.

¹⁰⁶ Asamblea General, informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, párr. 35.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 8.

¹⁰⁹ *Ibid.* La jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene un valor persuasivo para los Estados que no son partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, estipula además que deben cumplirse ciertas condiciones para que este tipo de divulgación se beneficie de las protecciones contempladas en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase Consejo de Europa, hoja informativa temática, “Whistleblowers and their freedom to impart information” (Mayo de 2017).

¹¹⁰ Véanse, por ejemplo, Estados Unidos de América, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 111-203, de 21 de julio de 2010, art. 922; Ontario Securities Commission, OSC Policy 15-601, “Whistleblower Program”, art. 22.

Principio 4: Los Estados deben asegurar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales prestando asistencia y cooperación internacionales para combatir la corrupción y el blanqueo de dinero y para recuperar los activos robados

Comentario

37. La cooperación internacional es fundamental para la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de actos de corrupción y blanqueo de dinero, así como para la recuperación y la devolución del producto de los delitos de corrupción. Si bien tanto los instrumentos de derechos humanos como los instrumentos de lucha contra la corrupción obligan a los Estados a cooperar entre sí, las obligaciones de cooperación más pertinentes y específicas figuran en los instrumentos de lucha contra la corrupción, que contemplan la asistencia jurídica recíproca, entre otras formas de cooperación. En los instrumentos de derechos humanos se pone de relieve el papel que puede desempeñar la cooperación internacional para hacer efectivos los derechos humanos.

38. De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar asistencia y cooperación internacional para lograr la progresiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo 2, párrafo 1, estipula que cada uno de los Estados partes en el Pacto

se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la *asistencia y la cooperación internacionales*, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (sin cursiva en el original)¹¹¹.

Esta disposición es pertinente en un contexto de lucha contra la corrupción, ya que esta reduce los recursos públicos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos. Por tanto, los Estados no solo deben adoptar medidas para combatir la corrupción (por ejemplo, mediante leyes y políticas) sino que deben hacerlo recurriendo a la asistencia y la cooperación internacional.

39. Obligaciones similares de asistencia y cooperación internacional en un contexto económico, social y cultural figuran en la Carta de las Naciones Unidas y en un número importante de otros tratados e instrumentos no vinculantes¹¹². Los instrumentos específicos que pueden utilizar los Estados para cumplir esas obligaciones de conducta pueden ser determinados por los Estados para cada caso concreto o de manera permanente, y en marcos bilaterales o multilaterales, mediante tratados, recomendaciones o asistencia técnica¹¹³.

40. Las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción relativas a la cooperación y la asistencia técnica internacional¹¹⁴ representan el instrumento

¹¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 3 (1990).

¹¹² Carta de las Naciones Unidas, Arts. 55 y 56; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 22 y 28; Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, arts. 3, párr. 3, y 4, párr. 2; Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23), arts. 1, 4 y 10; Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Declaración sobre las Relaciones de Amistad); Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, arts. 9 y 17; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 4 y 28, párr. 3; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 22, párr. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 36; Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Principios 29 a 34. Véanse también las resoluciones 73/222 y 73/190 de la Asamblea General.

¹¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 23; Tahmina Karimova, *Human Rights and Development in International Law* (Londres y Nueva York, Routledge, 2016) pág. 158.

¹¹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, capítulos IV a VI; véanse también Convención Interamericana contra la Corrupción, arts. XIV a XVI y XVIII; Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, capítulo IV; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 16 a 20; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de

que pueden utilizar los Estados para alcanzar los objetivos de lucha contra la corrupción que se exponen explícitamente en la Convención¹¹⁵ y, de manera más general, la realización de los derechos humanos. Una de las finalidades principales de la Convención es promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos¹¹⁶. La devolución de los activos es un principio fundamental de la Convención, en virtud del cual “los Estados parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí”¹¹⁷. De este modo, las disposiciones de la Convención en materia de asistencia jurídica recíproca en el contexto de la recuperación de activos son parte integrante de sus objetivos de lucha contra la corrupción¹¹⁸. También puede considerarse que la asistencia jurídica recíproca en el contexto de la recuperación de activos apoya el objetivo más amplio de la promoción de los derechos humanos. Al proporcionar una base jurídica para la devolución de los activos, las disposiciones de la Convención en materia de asistencia jurídica recíproca contribuyen a aprovechar al máximo los recursos de que disponen los Estados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales¹¹⁹. Las disposiciones de la Convención en materia de asistencia jurídica recíproca en el contexto de la recuperación de activos complementan el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales detallando obligaciones sustantivas de cooperación para aprovechar al máximo los recursos disponibles.

41. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción impone varias obligaciones relativas a la inmovilización y el decomiso de activos de los Estados requeridos —es decir, los Estados que reciben solicitudes de cooperación internacional de los Estados donde tiene su origen el producto del delito de corrupción¹²⁰. Los Estados requeridos suelen ser Estados con instituciones financieras y mercados de bienes raíces atractivos para funcionarios públicos que buscan blanquear fondos públicos. Con objeto de prestar asistencia jurídica recíproca atendiendo a una solicitud formulada de conformidad con el artículo 55, párrafo 2, los Estados partes requeridos deben ante todo tener la posibilidad de inmovilizar los bienes (mediante embargo preventivo o incautación¹²¹) cuando así se les solicite¹²². Asimismo, las autoridades competentes de los Estados requeridos deben tener la capacidad de inmovilizar los bienes mediante una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal del Estado parte requirente, o simplemente respondiendo a una solicitud de las autoridades del Estado requirente —es decir, un Estado que solicita cooperación internacional de otros Estados, como los Estados donde se encuentran los activos. Tanto las órdenes como las solicitudes deben proporcionar una base razonable para que el Estado parte

África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, arts. 13 y 15 y 16; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, arts. 8 y 10.

¹¹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 1; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. II, párr. 2; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 2, párr. 2; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 2 ii); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 2 b).

¹¹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 1 b).

¹¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 51.

¹¹⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, capítulo V.

¹¹⁹ Resolución 40/4 del Consejo de Derechos Humanos, preámbulo, párr. 16.

¹²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54; véanse también Convención Interamericana contra la Corrupción, art. XV; Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, art. 23; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 16; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 13; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 8.

¹²¹ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define “embargo preventivo” o “incautación” como “la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente” (art. 2 f)). No hay una distinción clara entre los términos “embargo preventivo” e “incautación”. Véase Cornelia Spörl, “Article 2: Use of Terms”, en *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, Cecily Rose, Michael Kubiciel y Oliver Landwehr, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2019) págs. 30 y 31.

¹²² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 2.

requerido considere que existen justificaciones suficientes para adoptar esas medidas, y que más adelante los bienes serán objeto de una orden de decomiso¹²³. Para poder prestar asistencia jurídica recíproca en cumplimiento del artículo 55 con respecto a bienes adquiridos gracias a la comisión de un delito o a la participación en un acto delictivo con arreglo a la Convención, los Estados requeridos deben poder dar efecto a toda orden de decomiso¹²⁴ dictada por un tribunal de otro Estado, como el Estado requirente¹²⁵. Además, los Estados partes deben poder ordenar el decomiso de bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito, sin que ello responda a la solicitud de otro Estado¹²⁶. Por último, la Convención requiere que los Estados partes consideren la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados¹²⁷.

42. **Práctica recomendada.** Para los Estados requeridos, las mejores prácticas pueden incluir enfoques más informales y flexibles de la cooperación internacional, que vayan más allá de los requisitos obligatorios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Esas prácticas permiten, por ejemplo, mecanismos más rápidos y proactivos para el embargo preventivo o la incautación de activos, que no dependan necesariamente de órdenes dictadas por los tribunales de los Estados requirentes o de solicitudes de asistencia jurídica recíproca formuladas por los Estados de origen¹²⁸. Esas medidas de inmovilización de activos tienen por objeto impedir que el producto de un delito de corrupción se transfiera a otras jurisdicciones antes de que los procesos de asistencia jurídica recíproca hayan podido seguir su curso¹²⁹. La Convención ya dispone la preservación de bienes por motivos como una detención o una imputación penal en el extranjero, pero ello no constituye una obligación. Por tanto, el embargo preventivo o la incautación de activos sin que medie una orden de un tribunal de los Estados requirentes y las solicitudes de asistencia jurídica recíproca están contemplados en el marco de la Convención¹³⁰. Asimismo, la Convención contempla, aunque no lo exige, el decomiso sin que medie una condena penal en determinadas circunstancias: en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados¹³¹.

43. **Práctica recomendada.** En las legislaciones de Suiza y el Canadá, por ejemplo, se permite que los Gobiernos de esos Estados se incauten de los activos de manera oportuna y proactiva en situaciones en que se estén produciendo en el Estado de origen perturbaciones políticas o una situación de fracaso de las estructuras de Estado¹³². La Ley Federal de Suiza

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define “decomiso” como “la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente” (art. 2 g)); véanse también el Convenio del Consejo de Europa Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, art. 1; la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 1; y el Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 1.

¹²⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 1 a).

¹²⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 1 b).

¹²⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 1 c).

¹²⁸ Gray y otros, *Few and Far*, pág. 2. Véase también el Convenio del Consejo de Europa Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, art. 21, párr. 1.

¹²⁹ Gray y otros, *Few and Far*, pág. 41; Radha Ivory, “Article 54: mechanisms for recovery of property through international cooperation in confiscation”, en *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, pág. 550.

¹³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 2 c). Véase también la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, según la cual entre las “medidas necesarias para proceder al embargo de los bienes con vistas a su posible decomiso [...] se incluirán las actuaciones urgentes que haya que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien”. (art. 7, párr. 1).

¹³¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 54, párr. 1; GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*, recomendación 4; Directiva 2014/42/UE, art. 4, párr. 2.

¹³² Suiza, Ley Federal de 18 de diciembre de 2015 sobre la incautación y la restitución de bienes ilícitos en poder de personas extranjeras de relevancia política (FIAA), SR 196.1; Canadá, Ley sobre la

de 18 de diciembre de 2015 sobre la incautación y la restitución de bienes ilícitos en poder de personas extranjeras de relevancia política (Ley sobre Bienes Ilícitos Extranjeros o FIAA) permite al Estado incautarse de los activos de personas extranjeras de relevancia política o sus asociados más próximos en determinadas condiciones¹³³. La primera condición es que “el Gobierno o determinados miembros del Gobierno del país de origen hayan perdido el poder o que un cambio de poder parezca inexorable”. La segunda condición es que “el nivel de corrupción en el país de origen sean notoriamente elevado”. La tercera condición es que “parezca probable que los activos fueran adquiridos mediante actos de corrupción, mala gestión criminal u otros delitos”. Por último, con arreglo a la cuarta condición, “la protección de los intereses de Suiza requiera la incautación de los activos”. La FIAA de Suiza también permite la incautación de activos extranjeros en caso de fracaso de los procedimientos de asistencia jurídica recíproca (por ejemplo, cuando el Estado requirente no pueda cumplir los requisitos de asistencia jurídica recíproca a causa del “colapso total o sustancial, o de deficiencias graves, de su sistema judicial”¹³⁴). Esta justificación para la inmovilización de activos depende de la existencia de una orden provisional de incautación formulada por el Estado requirente; una condición adicional es que “la protección de los intereses de Suiza requiera la incautación de los activos”¹³⁵.

44. **Práctica recomendada.** Los Estados requeridos deberían prestar asistencia técnica a los Estados de origen y proporcionarles información que permita la localización de los activos¹³⁶. La asistencia técnica y el intercambio de información son especialmente importantes en situaciones en que el Estado requirente (o un posible Estado requirente) carezca de los conocimientos y de las pruebas necesarias para cumplir los requisitos en materia de asistencia jurídica recíproca. Sin embargo, la capacidad para inmovilizar activos cuando no medie una orden judicial u otro tipo de solicitud no elimina la necesidad de cumplir los requisitos en materia de asistencia jurídica recíproca en etapas posteriores del proceso de recuperación de activos¹³⁷. Redes como la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden, la recién establecida Red Operativa Mundial de Autoridades Encargadas de la Aplicación de la Ley contra la Corrupción y las redes regionales de recuperación de activos¹³⁸ proporcionan foros importantes para iniciativas de capacitación y fomento de la capacidad. Las iniciativas nacionales también pueden desempeñar un papel importante. Por ejemplo, Italia ha prestado asistencia técnica a países de Centroamérica por conducto de su Programa de Apoyo de Italia a la Estrategia de Seguridad de Centroamérica (ESCA), que se orienta a la recuperación de activos y la disposición de activos decomisados.

45. **Práctica recomendada.** Suiza ha reconocido la necesidad de asistencia internacional estableciendo en la FIAA una base jurídica para que la Confederación Helvética proporcione asistencia a los países de origen en sus esfuerzos por obtener la restitución de los activos

incautación de bienes de funcionarios extranjeros corruptos, S.C. 2011, c. 10 (Marzo de 2011). Véanse también Estados Unidos, Ley de Preservación de Bienes Ilícitos Extranjeros para su Decomiso, de 2010, Ley pública 111-342 de 22 de diciembre de 2010; Australia, Ley de Asistencia Recíproca en asuntos penales, de 1987, art. 34J; Gray y otros, *Few and Far*, pág. 37. Con respecto a otras medidas de incautación de bienes en el contexto de la Primavera Árabe, véanse: resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad; resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad; Unión Europea, Decisión 2011/72/PESC del Consejo, de 31 de enero de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Túnez; Estados Unidos, Orden Ejecutiva 13566 de 25 de febrero de 2011 por la que se bloquean bienes y se prohíben ciertas transacciones relacionadas con Libia; Suiza, Ordenanza 946.231.175.8 sobre medidas contra ciertas personas de Túnez (19 de enero de 2011); Suiza, Ordenanza 946.231.132.1 sobre medidas contra ciertas personas de la República Árabe de Egipto (2 de febrero de 2011).

¹³³ Suiza, FIAA, art. 3, párr. 2.

¹³⁴ *Ibid.*, art. 4, párr. 2 b).

¹³⁵ *Ibid.*, art. 4, párr. 2 c).

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20, “2020 Accountability Report”, págs. 24 a 27.

¹³⁷ Gray y otros, *Few and Far*, pág. 41, en que se señala que la asistencia judicial recíproca será necesaria para la presentación de pruebas y para el cumplimiento de las sentencias.

¹³⁸ Red Interinstitucional de Recuperación de Activos – Asia-Pacífico (ARIN-AP); Red Interinstitucional de Recuperación de Activos para el África Meridional (ARINSA); Red Interinstitucional de Recuperación de Activos en Asia Occidental y Central (ARIN-WCA), Red Interinstitucional de Recuperación de Activos para el Caribe (ARIN-CARIB).

incautados¹³⁹. Suiza puede impartir capacitación o prestar asesoramiento jurídico, organizar conferencias o reuniones y destacar expertos al país de origen. La FIAA también contempla la transmisión de información, incluida información bancaria, al país de origen de modo que este pueda preparar una solicitud de asistencia jurídica recíproca o completar una solicitud insuficiente¹⁴⁰. En particular, la FIAA contempla que la transmisión de información al país de origen puede estar sujeta a condiciones, y que dicha transmisión puede rechazarse si “el país de origen está experimentando un fracaso de las estructuras del Estado, o si la vida o el bienestar físico de las personas implicadas pueden verse amenazados como consecuencia” de la transmisión¹⁴¹.

46. Los Estados requirentes tienen obligaciones de cooperación internacional. El éxito de la cooperación en el contexto de la recuperación de activos depende en definitiva, en parte, de que los Estados requirentes procuren activamente la devolución de los activos y proporcionen la información necesaria para facilitar este proceso. Al solicitar la identificación y la inmovilización de los activos, un Estado requirente debe presentar una declaración de los hechos, una descripción de las medidas solicitadas y, en caso de que esté disponible, una copia jurídicamente admisible de una orden en que se base la solicitud¹⁴².

47. La presentación de información por el Estado requirente es igualmente obligatoria en el contexto de una solicitud para que el Estado requerido dé efecto a una orden de decomiso. El tipo y el alcance de la información requerida dependerá de la base jurídica para el decomiso, es decir, de si las autoridades del Estado requerido o del Estado requirente lo han ordenado. Cuando un Estado requirente desee que el Estado requerido dé efecto una orden de decomiso dictada por las autoridades en el Estado requerido (una orden de decomiso “local”), el Estado requirente debe proporcionar una descripción de los bienes que habrá que decomisar, incluso, en la medida de lo posible, la ubicación y, de ser pertinente, el valor estimado de los bienes y una declaración de los hechos en que se ha basado el Estado requirente¹⁴³. Cuando el Estado requirente desee que el Estado requerido dé efecto una orden de decomiso dictada por sus propias autoridades (una orden de decomiso “extranjera”), debe proporcionar una copia jurídicamente admisible de una orden de decomiso, una declaración de los hechos e información sobre la medida en que se solicita la ejecución de la orden, una declaración en que se especifiquen las medidas adoptadas por el Estado parte requirente para dar una notificación suficiente a terceros de buena fe y respetar las garantías procesales, y una declaración al efecto de que la orden de decomiso es firme¹⁴⁴.

¹³⁹ Suiza, FIAA, art. 11.

¹⁴⁰ *Ibid.*, arts. 12, párr. 2, y 13, párr. 1.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 13, párr. 3. Para un tratamiento detallado de la FIAA desde el punto de vista de las víctimas, véase Sandrine Giroud, “Le droit des victimes de potentats à obtenir réparation: progrès et lacunes de la LVP”, en *Droit suisse des sanctions et de la confiscation internationales*, Sandrine Giroud y Héloïse Rordorf-Braun, eds. (Basilea, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020).

¹⁴² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 55, párr. 3 c).

¹⁴³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 55, párr. 3 a).

¹⁴⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 55, párr. 3 b).

Principio 5: Los Estados deben adoptar medidas eficaces para garantizar los derechos humanos de las personas investigadas, acusadas o condenadas por delitos de corrupción y blanqueo de dinero y sujetas a procedimientos de recuperación de activos

Comentario

48. La aplicación y la ejecución por los Estados de las leyes penales nacionales y los procedimientos de recuperación de activos, incluso los correspondientes a delitos de corrupción y blanqueo de dinero, deben ajustarse a sus obligaciones de derechos humanos. Los Estados deben velar por que todas las fases de sus investigaciones y procesos de lucha contra la corrupción y el blanqueo de dinero y de sus procedimientos de recuperación de activos sean acordes con el derecho de los derechos humanos, lo cual incluye el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la propiedad, el derecho a la intimidad, el derecho a no ser víctima de tortura y malos tratos, el derecho a la vida y el derecho a no ser condenado por la aplicación retroactiva de una ley penal. Además, los Estados requeridos deben recibir garantías de que las solicitudes de inmovilización y decomiso de activos se basan en procedimientos en el Estado requirente que cumplen el derecho de los derechos humanos. La obligación que tienen los Estados de respetar los derechos humanos en el contexto de la recuperación de activos abarca no solo a las personas investigadas o acusadas de una conducta criminal sino también a los testigos y a terceros de buena fe que puedan haber adquirido bienes ilícitos.

49. En los tratados internacionales de lucha contra la corrupción se reconocen las consecuencias para los derechos humanos de las medidas de lucha contra la corrupción¹⁴⁵. Por consiguiente, los Estados deben aplicar los tratados de lucha contra la corrupción paralelamente a los tratados internacionales y regionales de derechos humanos, creando así un marco jurídico que complemente y circunscriba la aplicación de las leyes nacionales de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero y también los procedimientos civiles de decomiso de activos. Los tratados de lucha contra la corrupción no pueden interpretarse ni aplicarse aisladamente, sino que por el contrario deben estar armonizados con el derecho de los derechos humanos. La legislación nacional sobre asistencia jurídica recíproca puede hacer efectivas las normas del derecho internacional de los derechos humanos contemplando ciertas limitaciones a la cooperación donde existan motivos para creer que los requisitos de procedimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) no se han cumplido¹⁴⁶. En este contexto el elemento central son los derechos a un juicio justo y a la protección de los bienes, que con frecuencia se han puesto en tela de juicio tanto en causas ante los tribunales como en los comentarios. Los Estados tienen la obligación de respetar los derechos a un juicio justo de las personas acusadas. Estas tienen derecho, en particular, a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley¹⁴⁷. En un contexto de lucha contra la corrupción, han surgido cuestiones acerca de si tipificar como delito el enriquecimiento ilícito

¹⁴⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, preámbulo, párr. 9; véanse también las referencias que figuran en distintas partes de la Convención a los “principios fundamentales” de los sistemas jurídicos y las leyes nacionales de los Estados partes; Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, art. 20; Convención Interamericana contra la Corrupción, arts. VIII y IX; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 14; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 7.

¹⁴⁶ Suiza, Ley Federal de Asistencia Recíproca Internacional en Materia Penal, SR 351.1, 20 de marzo de 1981, art. 2; véanse también Martin Böse, “International law and treaty obligations, mutual legal assistance, and EU instruments”, en *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Darryl K. Brown, Jenia Inotcheva Turner y Bettina Weisser, eds. (Oxford, Oxford University Press 2019); Robert J. Currie, “Human rights and international mutual legal assistance: resolving the tension”, *Criminal Law Forum*, vol. 11, núm. 2 (2000), págs. 143 a 181.

¹⁴⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, párr. 2; véanse también Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6, párr. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, párr. 2; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7, párrs. 1 y 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, párr. 1.

es compatible con la presunción de inocencia¹⁴⁸. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere que los Estados partes consideren la posibilidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, es decir, “el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”¹⁴⁹. No obstante, este enfoque puede ser contrario al derecho de los derechos humanos, ya que un delito de este tipo podría entrar en conflicto con la presunción de inocencia al imponer al acusado la carga de probar su inocencia¹⁵⁰.

50. Mientras que esas preocupaciones han hecho que algunos Estados renuncien a tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugiere que es posible redactar y aplicar leyes sobre el enriquecimiento ilícito de una manera acorde con el derecho a un juicio justo y, en particular, con la presunción de inocencia. En casos relacionados con los delitos de narcotráfico y su producto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que trasladar la carga de la prueba al acusado no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que ese traslado de la carga esté restringido “a unos límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y se mantengan los derechos de la defensa”¹⁵¹.

51. En el mismo sentido, trasladar la carga de la prueba a las personas acusadas de enriquecimiento ilícito puede considerarse razonable cuando el ministerio fiscal haya demostrado en primer lugar un vínculo entre los activos y el funcionario público y la existencia de una discrepancia significativa entre esos activos y los ingresos legítimos del funcionario público. La FIAA de Suiza, por ejemplo, que establece los procedimientos administrativos para la incautación y el decomiso, contempla la inversión de la presunción de origen ilícito cuando el acusado demuestre “con una probabilidad abrumadora que los bienes en cuestión fueron adquiridos legítimamente”¹⁵².

52. Las personas cuyos activos sean objeto de procedimientos penales o civiles de decomiso tienen derecho a la protección de los bienes¹⁵³. También gozan de esos derechos terceros de buena fe que tengan un interés legítimo en los bienes en cuestión¹⁵⁴. Teniendo en cuenta esas protecciones, el decomiso de activos obtenidos mediante actos de corrupción y el proceso de decomiso pueden plantear preocupaciones de derechos humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que el decomiso del producto del delito puede

¹⁴⁸ Véase Lindy Muzila y otros, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption* (Washington, D.C., Banco Mundial, 2012).

¹⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 20; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. IX; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 8; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 6, párr. 3.

¹⁵⁰ En la observación general núm. 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos se establece lo siguiente: “La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio”. (párr. 30).

¹⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Salabiaku v. France*, demanda núm. 10519/83, sentencia de 7 de octubre de 1988, párr. 28; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Phillips v. United Kingdom*, demanda núm. 41087/98, sentencia de 5 de julio de 2001, párr. 43; Tribunal de Justicia de la CEDEAO, *Baldé et al v. the Republic of Senegal*, ECW/CCJ/JUG/04/13, sentencia de 22 de febrero de 2013.

¹⁵² Suiza, FIAA, art. 15, párr. 3. Véanse también Australia, Ley sobre el Producto del Delito 2002, art. 179E (3); Reino Unido, Ley de Financiación del Delito de 2017, art. 1 (órdenes sobre patrimonio no justificado).

¹⁵³ Protocolo núm. 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio, art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 14; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17. Véase, en general, Radha Ivory, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014).

¹⁵⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 31, párr. 9; Convenio del Consejo de Europa Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo, art. 6.

constituir una injerencia en el derecho de una persona al “goce pacífico de sus posesiones”¹⁵⁵. Estos tipos de decomiso solo son permisibles si se atienen a la ley, sirven un interés público legítimo y son proporcionados¹⁵⁶. En su aplicación de esas normas, el Tribunal ha determinado que el decomiso de activos obtenidos mediante actos de corrupción sirve el interés público legítimo de luchar contra la corrupción, reparar los daños causados por la corrupción y disuadir de este tipo de conductas en el futuro¹⁵⁷. Los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo núm. 11 tienen una amplia discreción a la hora de determinar la forma en que se interpretan y aplican esos criterios al ejecutar iniciativas políticas, económicas y sociales, como son las medidas de lucha contra la corrupción¹⁵⁸.

53. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y otros tratados de lucha contra la corrupción abordan específicamente, y apoyan implícita o explícitamente, el decomiso de bienes vinculados a delitos de corrupción y de blanqueo de dinero¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Ivory, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law*, págs. 174 a 184.

¹⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dimitrovi v. Bulgaria*, demanda núm. 12655/09, sentencia de 3 de marzo de 2015, párrs. 44 y 45. Véanse también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 188; Tribunal de Justicia de la CEDEAO, *Nancy Bohn-Doe v. Republic of Liberia*, ECW/CCJ/JUD/12/19, sentencia de 28 de febrero de 2019; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Dino Noca v. Democratic Republic of the Congo*, 286/2004, comunicación de 12 de octubre de 2013, párrs. 143 a 147.

¹⁵⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gogitidze and others v. Georgia*, demanda núm. 36862/05, sentencia de 12 de mayo de 2015, párrs. 101 a 103; Tribunal de Justicia de la CEDEAO, *Dexter Oil Limited v. Republic of Liberia*, ECW/CCJ/JUD/03/19, sentencia de 6 de febrero de 2019, párr. 87.

¹⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dimitrovi v. Bulgaria*, párr. 51.

¹⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gogitidze and others v. Georgia*, párr. 106.

Principio 6: Los Estados deben asegurar que las personas cuyos derechos humanos hayan sido vulnerados como consecuencia de la corrupción tengan acceso a un recurso efectivo

Comentario

54. La corrupción no es un delito sin víctimas¹⁶⁰. En este contexto, se entiende por “víctima” a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, como consecuencia de la comisión de un delito de corrupción¹⁶¹. En función de las circunstancias, ese daño puede o no implicar la vulneración de un derecho humano. Los actos de corrupción pueden violar derechos basados en el derecho de los derechos humanos o derechos basados en otros conjuntos de normas jurídicas, como el derecho administrativo, el derecho internacional de los refugiados o el derecho ambiental internacional¹⁶². En algunos casos, el perjuicio ocasionado por los actos de corrupción puede provocar un daño que no viole necesariamente ningún derecho particular, sino que al contrario cause un “daño social”, como un perjuicio para la credibilidad institucional¹⁶³. En muchos casos, los actos de corrupción perjudican al conjunto de la sociedad, o al “público”, que está integrado por las muchas personas que forman la colectividad.

55. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos requiere que los Estados partes aseguren que existan recursos efectivos para las víctimas de violaciones de los derechos civiles y políticos¹⁶⁴. Por consiguiente, los Estados deben garantizar que las víctimas de violaciones de los derechos civiles y políticos, como las que se producen en el contexto de investigaciones y procesamientos relacionados con la lucha contra la corrupción, puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces en el marco de las leyes nacionales. El acceso a la reparación debe estar disponible sin discriminación, especialmente para miembros de grupos marginados y vulnerables, y debe estar protegido contra la corrupción, la parcialidad y la influencia política¹⁶⁵. Muchas violaciones de los derechos humanos relacionadas con la corrupción se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales crea un

¹⁶⁰ Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, “Mejores prácticas en materia de identificación e indemnización de todos los diferentes tipos de víctimas de conformidad con la Convención y dificultades relacionadas con los terceros y su efecto en la recuperación de activos de conformidad con el capítulo V”, nota de la Secretaría (CAC/COSP/WG.2/2019/5). Para una discusión sobre las víctimas de la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, véase Anne Peters, “Corruption as a violation of international human rights”, *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4 (noviembre de 2018), págs. 1251 y 1255 y 1256; Franco Peirone, “Corruption as a violation of international human rights: a reply to Anne Peters”, *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4 (noviembre de 2018), págs. 1297 y 1299 a 1301.

¹⁶¹ Resolución 40/34 de la Asamblea General; véanse también Corte Penal Internacional, *Reglas de Procedimiento y Prueba* (La Haya, 2019), regla 85 a); resolución 60/147 de la Asamblea General, párr. 8.

¹⁶² Véanse, por ejemplo, la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁶³ Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, “Mejores prácticas en materia de identificación e indemnización de todos los diferentes tipos de víctimas de conformidad con la Convención, y las dificultades relacionadas con los terceros y su efecto en la recuperación de activos de conformidad con el capítulo V”, párr. 9.

¹⁶⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 3; véase también Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.

¹⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 1; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24; Consejo de Derechos Humanos, “Relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción”, informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/44/43), párrs. 57 y 67; Consejo de Derechos Humanos, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’”, Principio 26; véase también la labor emprendida en el marco del Proyecto sobre Rendición de Cuentas y Reparación del ACNUDH.

recurso a nivel internacional al permitir a las personas presentar comunicaciones al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶⁶.

56. Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción requieren que los Estados aseguren que las víctimas de la corrupción tengan derecho a buscar un recurso¹⁶⁷. El artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere que los Estados partes garanticen “que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización”. La frase “entidades o personas” abarca los Estados y las personas naturales y jurídicas¹⁶⁸. Esta disposición deja a la discreción de los Estados partes el alcance y la forma precisos de esos derechos privados a la acción¹⁶⁹. El cumplimiento de esta disposición ha adoptado tres formas generales¹⁷⁰. Primero, una ley general puede permitir que las personas busquen una indemnización como víctimas de actos ilícitos. Segundo, una ley o un mecanismo pueden permitir que las personas presenten una demanda civil para reclamar una indemnización como participantes privados en los procedimientos penales¹⁷¹. Por último, una vez que una persona haya sido declarada culpable, los tribunales pueden dictar una indemnización por los daños sufridos, o bien por iniciativa propia o bien respondiendo a una solicitud de la víctima¹⁷².

57. Esas leyes y mecanismos nacionales que permiten a las personas buscar una indemnización por un acto de corrupción complementan el marco existente de derechos humanos. La aplicación de esas leyes nacionales en un contexto de lucha contra la corrupción puede ser difícil en la práctica, a causa de las dificultades que supone identificar a las víctimas que han sufrido un perjuicio directo a causa de la conducta corrupta en cuestión¹⁷³. Los procedimientos jurídicos relativos a la corrupción exigen que el demandante demuestre un vínculo causal entre el acto de corrupción y el daño que ha sufrido. El artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hace referencia a “entidades o personas perjudicadas *como consecuencia de un acto de corrupción*” (sin cursiva en el original). Establecer un vínculo entre el daño causado por el robo de bienes públicos y una víctima particular o un grupo de víctimas o una entidad específica representa un obstáculo en ciertos casos¹⁷⁴. Los demandantes deben poder demostrar, por ejemplo, que los fondos malversados fueron asignados por el Gobierno afectado a un uso particular y que, debido al robo de esos fondos, ciertas personas no recibieron los beneficios a los que tenían derecho. Establecer un vínculo con el daño ocasionado por actos corruptos puede ser difícil, por

¹⁶⁶ Los derechos económicos, sociales y culturales también han sido tratados en parte por otros tribunales u órganos cuasijudiciales en materia de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

¹⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 35; Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, arts. 3 y 4; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 9, párr. 2. Véase también Civil Forum for Asset Recovery, “Civil society principles for accountable asset return”, principio 8.

¹⁶⁸ UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Corruption* (Nueva York, 2010) pág. 299.

¹⁶⁹ Abiola Makinwa, “Article 35: compensation for damage”, en *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, pág. 358.

¹⁷⁰ UNODC, *State of Implementation of the United Nations Convention against Corruption*, pág. 161.

¹⁷¹ Makinwa, “Article 35: compensation for damage”, págs. 360 y 361.

¹⁷² *Ibid.*, págs. 363 y 364.

¹⁷³ Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, “Mejores prácticas en materia de identificación e indemnización de todos los diferentes tipos de víctimas de conformidad con la Convención, y las dificultades relacionadas con los terceros y su efecto en la recuperación de activos de conformidad con el capítulo V”; véanse también las mejores prácticas descritas en Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “Aplicación del capítulo V (Recuperación de activos) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, informe temático preparado por la Secretaría (CAC/COSP/2019/10), párr. 50 (identificación de los contribuyentes como víctimas de los delitos de corrupción).

¹⁷⁴ Véanse, por ejemplo, Kevin E. Davis, “Corruption as a violation of international human rights: a reply to Anne Peters”, *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4 (noviembre de 2018), pág. 1289; Cecily Rose, “The limitations of a human rights approach to corruption”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 2 (abril de 2016), pág. 405.

ejemplo, cuando se produzca una falta de transparencia presupuestaria. Los desafíos que supone la vinculación de los daños resultantes de actos de soborno en el extranjero también son considerables, ya que a menudo los efectos distorsionadores del soborno extranjero no pueden medirse de una forma que permita la fácil identificación de las víctimas y de los daños¹⁷⁵.

58. **Práctica recomendada.** Habida cuenta de las dificultades que supone establecer vínculos causales entre los actos de corrupción y el perjuicio sufrido por las víctimas, los códigos nacionales de procedimiento civil que definen de manera general las víctimas de la corrupción y que permiten iniciar litigios de interés público representan las mejores prácticas en el contexto de la recuperación de activos¹⁷⁶. Se considera generalmente que la lucha contra la corrupción es una cuestión de interés público; la corrupción tiene como consecuencia un perjuicio generalizado para la economía nacional y mundial, tiene efectos negativos para el goce de los derechos humanos y también puede guardar correspondencia con violaciones graves de los derechos humanos. Cuando funcionarios públicos roban bienes públicos, el conjunto de la población del Estado puede ser considerada la víctima de ese robo. Definir a las víctimas de la corrupción de esta manera general supone un reconocimiento tanto de los efectos difusos de la corrupción como de las dificultades inherentes a la hora de demostrar la causalidad entre la corrupción y el perjuicio sufrido por las víctimas. Los litigios de interés público no solo pueden estar orientados a obtener indemnización por los daños causados por los actos corruptos; también pueden poner en marcha procesos de recuperación de activos o la adopción de medidas preventivas. Las normas nacionales que rigen la posibilidad de personarse en casos de litigios civiles deberían permitir los litigios de interés público relacionados con los efectos negativos de la corrupción en las economías y las sociedades. La flexibilidad de las normas de fundamentación permitiría que los demandantes buscaran una reparación sin necesidad de haber sufrido un perjuicio personal atribuible a la conducta en cuestión¹⁷⁷. La flexibilidad de las normas de fundamentación está justificada en el contexto de la corrupción porque la lucha contra la corrupción es una cuestión de interés público. Un ejemplo de esta buena práctica puede encontrarse en la Ley núm. 2013-1117 de Francia, que permite a las organizaciones de la sociedad civil personarse como parte civil en casos de corrupción¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, “General principles to compensate overseas victims (including affected Estados) in bribery, corruption and economic crime cases”, principios 2 y 3.

¹⁷⁶ Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, “Mejores prácticas en materia de identificación e indemnización de todos los diferentes tipos de víctimas de conformidad con la Convención, y las dificultades relacionadas con los terceros y su efecto en la recuperación de activos de conformidad con el capítulo V”, párrs. 7, 12 y 16; Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”.

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia de la CEDEAO, *Registered Trustees of the Socio-economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission (UBEC)*, ECW/CCJ/APP/08/08, sentencia de 27 de octubre de 2009, párrs. 33 y 34.

¹⁷⁸ Francia, Ley núm. 2013-1117 de 6 de diciembre de 2013 sobre la lucha contra el fraude fiscal y los delitos económicos y financieros graves, art. 1. Véanse también las actuaciones iniciadas por Sherpa y Transparency International France contra Teodoro Nguema Obiang Mangue (hijo del Presidente de Guinea Ecuatorial) y Rifaat al-Assad (tío del Presidente de la República Árabe Siria). Ambos eran casos de corrupción y blanqueo de dinero.

Principio 7: Los Estados receptores deben asignar los activos recuperados de una manera responsable, transparente y participativa

Comentario

59. Con arreglo al derecho de los derechos humanos, los Estados deben asignar los activos recuperados de manera responsable, transparente y participativa acorde con los principios del estado de derecho¹⁷⁹. El presente comentario se basa en el comentario al Principio 2, en el que se trata de las bases jurídicas —tanto en el derecho de los derechos humanos como en las leyes de lucha contra la corrupción— de los principios del estado de derecho, la rendición de cuentas, la transparencia y la participación. La importancia de esos principios con respecto a la asignación de los activos recuperados ha sido confirmada por el Consejo de Derechos Humanos, que ha instado a que los Estados que solicitan la repatriación de fondos de origen ilícito apliquen esos principios en el proceso de toma de decisiones sobre el modo de asignar los fondos repatriados a la puesta en práctica de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸⁰. Los principios y las mejores prácticas a que se hace referencia en el presente comentario y en el comentario al Principio 8 también pueden ser pertinentes para procedimientos de recuperación de activos puramente nacionales y para la transferencia de fondos generados por un acuerdo al que se llegue en acciones emprendidas a nivel nacional contra personas acusadas del soborno en el extranjero.

60. La gestión responsable de los activos recuperados requiere que los fondos devueltos puedan ser localizados y supervisados de conformidad con la buena gestión de las finanzas públicas¹⁸¹. En la práctica, ello debería suponer que los Estados receptores otorgaran a los fondos devueltos un tratamiento separado para fines contables¹⁸². La devolución directa de los activos al presupuesto central de un Estado receptor puede no ser deseable desde un punto de vista de la rendición de cuentas, en circunstancias en que los mecanismos establecidos para la administración de las finanzas públicas no permiten el seguimiento de los activos. Otras opciones más deseables, desde el punto de vista de la rendición de cuentas, podrían ser dirigir los fondos a un fondo gubernamental específico sujeto a procedimientos especiales de gestión financiera, o la recepción por un tercero, como una organización no gubernamental que trabaja a favor de las víctimas y está sujeta a medidas que garanticen la gestión responsable de los fondos¹⁸³. La forma exacta de la devolución debería ser objeto de un acuerdo, como un memorando de entendimiento, entre los Estados de envío y de recepción, una posibilidad que se contempla específicamente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁸⁴.

61. **Práctica recomendada.** El acuerdo trilateral alcanzado en 2020 entre los Estados Unidos de América, Jersey y Nigeria puede considerarse un ejemplo de buenas prácticas

¹⁷⁹ Véase ACNUDH, *Realizing Human Rights through Government Budgets* (Nueva York y Ginebra, 2017).

¹⁸⁰ Resolución 40/4 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 21.

¹⁸¹ Transparency International France, “Le sort des biens mal acquis et autres avoirs illicites issus de la grande corruption”, 2017, págs. 14 y 15 (sobre los cinco principios clave propuestos por Transparency International France para regir la asignación de activos producto de la gran corrupción); Unión Africana, “Draft common African position on asset recovery” (EX.CL/1213(XXXVI) Add.1 Rev.1) (9 de febrero de 2020), tercer pilar: gestión de los activos recuperados.

¹⁸² Greta Fenner Zinkernagel y Kodjo Attisso, *Returning Stolen Assets – Learning from Past Practice: Selected Case Studies* (Basilea, Instituto de Gobernanza de Basilea, 2013), pág. 4; Greta Fenner Zinkernagel, Pedro Gomes Pereira y Francesco De Simone, “The role of donors in the recovery of stolen assets”, *U4 Issue*, núm. 8 (diciembre de 2014), pág. 23.

¹⁸³ Véase, por ejemplo, el Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado (FEDADOI), un fondo nacional especial establecido en el Perú para la devolución de activos en el caso relativo a Vladimiro Montesinos.

¹⁸⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 5: “Cuando proceda, los Estados parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados”.

respecto a la rendición de cuentas¹⁸⁵. El acuerdo estipula que la Autoridad Soberana de Inversión de Nigeria administrará los fondos y los proyectos conexos, y que esto vendrá acompañado de un examen financiero realizado por un auditor independiente y por la supervisión a cargo de una organización independiente de la sociedad civil¹⁸⁶. Esas medidas son apropiadas en los casos en que los fondos se devuelven o bien a un Estado o a un tercero, como una organización no gubernamental. Cuando los fondos se devuelven por conducto de programas de ayuda bilateral, los Estados de envío y de recepción deben asegurar que se cumplan los principios de la Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo y el Plan de Acción de Accra —es decir, los principios de apropiación, alineación y mutua responsabilidad¹⁸⁷.

62. La asignación transparente de los activos recuperados requiere que los Estados pongan a disposición de la sociedad la información sobre la transferencia y la administración de los activos devueltos¹⁸⁸. Esa información puede ser proporcionada tanto por el Estado de envío como por el Estado receptor, y debe ser accesible para la sociedad en ambos Estados. La información proporcionada por los Estados debe ser fidedigna, exhaustiva e, idealmente, estar disponible en un sitio web público y en el idioma o los idiomas locales¹⁸⁹. Todas las etapas del proceso de adopción de decisiones sobre la asignación de los activos recuperados, incluidas las consultas iniciales, la selección de los receptores, la elección de proyectos o programas, el método para la transferencia de los fondos y la administración de los fondos por los receptores, deben ser transparentes¹⁹⁰. La transparencia en la gestión de los activos recuperados también debe suponer la publicación de los acuerdos — como los memorandos de entendimiento— que constituyan la base, de carácter jurídico o no, para la devolución de los activos. En el momento de redactar el presente documento, los Estados solo habían puesto a disposición del público un escaso número de este tipo de acuerdos, y se habían limitado principalmente a publicar comunicados de prensa.

63. Los Estados receptores deben incluir a la sociedad en el proceso de recuperación de activos a fin de asegurar que los fondos se asignen y se utilicen de una forma que promueva la realización de los derechos humanos y, de ser posible, atienda las necesidades de las víctimas en particular¹⁹¹. El término “sociedad” hace referencia a personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, incluidas las organizaciones de víctimas y las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción¹⁹². En la fase en que los Estados devuelven y asignan los activos, los miembros de la sociedad pueden tener un papel para identificar a las víctimas y los perjuicios que pueden ser objeto de

¹⁸⁵ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “U.S. enters into trilateral agreement with Nigeria and Jersey to repatriate over \$300 million to Nigeria in assets stolen by former Nigerian dictator General Sani Abacha”, comunicado de prensa, 3 de febrero de 2020.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Fenner Zinkernagel y Attisso, *Returning Stolen Assets*, págs. 6 y 7; véase también “Draft common African position on asset recovery”, quinto pilar: gestión de los activos recuperados, párrs. 27 y 28.

¹⁸⁸ Global Forum on Asset Recovery, “GFAR principles for disposition and transfer of confiscated stolen assets in corruption cases”, principio 4. Véanse también Reino Unido, “General principles to compensate overseas victims”, principio 3: “Ensure the process for the payment of compensation is transparent, accountable and fair”; “Draft common African position on asset recovery”, párr. 29: quinto pilar: gestión de los activos recuperados.

¹⁸⁹ Transparency International France, “Le sort des biens mal acquis”, págs. 14 y 15.

¹⁹⁰ *Ibid.* Para una discusión sobre un ejemplo contrario, véase Global Witness, “Return of blocked oil money to Angola involves opaque deal with Swiss arms company”, comunicado de prensa, 10 de junio de 2008.

¹⁹¹ Transparency International France, “Le sort des biens mal acquis”, págs. 14 y 15. Véase también la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 2, párr. 3: Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos.

¹⁹² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 13; véanse también Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, párr. 11; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 12 (“Sociedad civil y medios de comunicación”); Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5 e); Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4, párr. 1 i).

reparación gracias a los activos devueltos, para contribuir a la adopción de decisiones sobre la devolución de activos y su uso, y para “fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en la transferencia, la disposición y la administración de los activos recuperados”¹⁹³. Los miembros de la sociedad pueden promover la rendición de cuentas participando en la supervisión de los activos recuperados, por ejemplo, y pueden fomentar la transparencia contribuyendo a mantener al público informado sobre el proceso de recuperación de activos¹⁹⁴.

64. **Práctica recomendada.** La FIAA de Suiza puede considerarse un ejemplo de buenas prácticas con respecto a la inclusión de la sociedad, en la medida en que contempla específicamente que los acuerdos para la devolución de los activos deberán, “en la medida de lo posible [...] incluir a las organizaciones no gubernamentales en el proceso de restitución” (art. 18, párr. 5)¹⁹⁵. El memorando de entendimiento firmado entre los Estados Unidos, Suiza y Kazajstán es un ejemplo de esta práctica, si bien es anterior a la promulgación de la FIAA de Suiza¹⁹⁶. La BOTAFoundation, que es una organización no gubernamental independiente establecida en cumplimiento del memorando de entendimiento, participó activamente en el proceso de devolución de activos, ya que actuó como beneficiaria de los fondos que se restituyeron a Kazajstán.

65. **Práctica recomendada.** Un proyecto de programación de registros distribuidos que se está desarrollando en los Estados Unidos en el momento de redactar el presente documento puede convertirse en un ejemplo de buenas prácticas en el futuro. El proyecto tiene por objeto aumentar la transparencia y la rendición de cuentas con respecto a la disposición de los activos restituidos por los Estados Unidos a un país receptor¹⁹⁷. Este sistema de código abierto proporciona información sobre la forma en que los fondos se desembolsan al país receptor.

¹⁹³ Global Forum on Asset Recovery, “GFAR principles for disposition and transfer of confiscated stolen assets in corruption cases”, principio 10; Civil Forum for Asset Recovery, “Civil society principles for accountable asset return”, principio 10.

¹⁹⁴ Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”.

¹⁹⁵ En virtud de la FIAA de Suiza, el Gobierno suizo puede firmar acuerdos con Gobiernos extranjeros que contemplen la restitución de activos (art. 18, párr. 2). Si no existe un acuerdo de este tipo, el Gobierno de Suiza determina el proceso de restitución, y puede devolver los activos decomisados por conducto de organizaciones internacionales o nacionales (art. 18, párr. 4).

¹⁹⁶ “Memorando de entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos de América, la Confederación Helvética y la República de Kazajstán”, versión enmendada, abril de 2008.

¹⁹⁷ Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20, “2020 Accountability Report”, pág. 31.

Principio 8: Los Estados receptores deben utilizar los activos recuperados de una manera que contribuya a la realización de los derechos humanos

Comentario

66. Los Estados deberían utilizar los activos recuperados con la finalidad de hacer efectivos los derechos humanos. En el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se requiere que los Estados adopten medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo los fondos obtenidos por los Estados gracias a los procesos de recuperación de activos pueden ser una aportación a los recursos financieros disponibles a que pueden recurrir los Estados con la finalidad de hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos. Al asignar los fondos recuperados, los Estados receptores deberían también tener en cuenta el derecho al desarrollo y las obligaciones consiguientes que tienen los Estados. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo dispone, en particular, que los Estados tienen “el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste”¹⁹⁸. Por consiguiente, los Estados receptores deben asegurar que los fondos devueltos se utilicen en beneficio de la sociedad (es decir, la población general del Estado) en los casos en que no sea posible identificar a víctimas particulares de la corrupción¹⁹⁹.

67. Al formular políticas de desarrollo con el propósito de mejorar el bienestar de la población, los Estados receptores deberían tener como objetivo abordar las condiciones que dan lugar a la corrupción, como una aplicación y un cumplimiento deficientes de las leyes y políticas de lucha contra la corrupción. Por tanto, al asignar los activos recuperados, los Estados receptores deberían considerar otorgar prioridad a la lucha contra la corrupción, al mismo tiempo que a iniciativas de desarrollo sostenible²⁰⁰. Transparency International France ha propuesto, por ejemplo, que esos fondos se asignen a mejorar las condiciones de vida de las poblaciones y/o fortalecer el estado de derecho y hacer frente a la corrupción en el Estado receptor²⁰¹. Utilizar los activos de esta forma permitiría a los Estados procurar alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, que incluye promover el estado de derecho (meta 16.3) y reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas (meta 16.5)²⁰².

68. De conformidad con las normas internacionales de lucha contra el blanqueo de dinero, la utilización de fondos decomisados para el bienestar de la población se considera una buena práctica. El Grupo de Acción Financiera recomienda que los Estados dediquen los fondos confiscados al “bien público”²⁰³, en particular “a la aplicación de la ley, la salud, la educación y otros propósitos apropiados”²⁰⁴. A este respecto, las normas de lucha contra el blanqueo de dinero y el derecho de los derechos humanos se refuerzan mutuamente. Ambos conjuntos de normas jurídicas contemplan el uso de los fondos recuperados para los fines de promover los derechos humanos, pese a que el Grupo de Acción no utiliza el lenguaje del derecho de los derechos humanos al formular esta recomendación.

¹⁹⁸ Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, art. 2, párr. 3.

¹⁹⁹ Global Forum on Asset Recovery, “GFAR principles for disposition and transfer of confiscated stolen assets in corruption cases”, principio 5.

²⁰⁰ *Ibid.*, principio 6. Véanse también “Draft common African position on asset recovery”, tercer pilar: gestión de los activos recuperados, párr. 21; Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, *Study prepared by the Secretariat on effective management and disposal of seized and confiscated assets* (CAC/COSP/WG.2/2017/CRP.1), pág. 10.

²⁰¹ Transparency International France, “Le sort des biens mal acquis”, pág. 14.

²⁰² Véase también Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”.

²⁰³ GAFI, “Best practices on confiscation (recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery”, octubre de 2012, párr. 21.

²⁰⁴ GAFI, *Las recomendaciones del GAFI*, “Interpretive note to Recommendation 38 (mutual legal assistance: freezing and confiscation)”.

69. **Práctica recomendada.** Los Estados receptores pueden considerar diversas prácticas apropiadas con respecto a la utilización de los fondos devueltos con fines de derechos humanos e iniciativas de desarrollo. La legislación nacional de los Estados de envío y de recepción puede precisar que los fondos devueltos deben dedicarse específicamente a promover los derechos humanos, al desarrollo o a iniciativas de lucha contra la corrupción. Una ley de Filipinas, por ejemplo, dedica los activos recuperados a reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos²⁰⁵. La FIAA de Suiza especifica que la restitución de los activos deberá efectuarse mediante la financiación de programas de interés público y para promover los objetivos de mejorar las condiciones de vida de los habitantes del Estado de origen y fortalecer el estado de derecho, de modo que se contribuya a la lucha contra la impunidad²⁰⁶. Los Estados Unidos, Jersey y Nigeria acordaron en 2020 que los fondos robados por Sani Abacha serían devueltos a Nigeria para ayudar a financiar tres proyectos de infraestructura concretos (relacionados con puentes, autopistas y carreteras)²⁰⁷. Los fondos restituidos por Suiza a Angola en 2012 fueron asignados a “infraestructura hospitalaria, abastecimiento de agua y fomento de la capacidad local para la reintegración de las personas desplazadas”²⁰⁸. Los fondos restituidos por los Estados Unidos y Suiza a Kazajstán de conformidad con el memorando de entendimiento entre esos Estados, actualizado en 2008, se asignaron a la promoción de los derechos de los niños mediante varias iniciativas dirigidas por la BOTA Foundation²⁰⁹.

70. Sin embargo, la utilización de los fondos restituidos para promover iniciativas de lucha contra la corrupción no parece ser una práctica común según indica la información disponible, a pesar de haber sido señalada como uno de los usos más apropiados para esos fondos. En el memorando de entendimiento entre los Estados Unidos, Suiza y Kazajstán, los tres Estados convinieron en que Kazajstán mejoraría su sistema de gestión de las finanzas públicas y participaría como miembro en la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI)²¹⁰. No obstante, los activos recuperados no se utilizaron para financiar esas iniciativas de lucha contra la corrupción. Por el contrario, el memorando de entendimiento estipula específicamente que el Banco Mundial prestaría apoyo a la iniciativa de gestión de las finanzas públicas²¹¹ y que el Gobierno de Kazajstán garantizaría “una financiación suficiente y sostenible para la aplicación de la EITI”²¹².

71. El principio de la obligación de rendir cuentas requiere que los Estados de envío y de recepción aseguren que los fondos restituidos no beneficien a las personas que participaron en la comisión del delito (es decir, el funcionario o los funcionarios culpables de robar y blanquear los fondos públicos)²¹³. Los Estados de envío y de recepción pueden procurar garantizar la rendición de cuentas acordando explícitamente, en un memorando de entendimiento u otro acuerdo por escrito, que los fondos recuperados no deben utilizarse con fines de corrupción u otros propósitos ilícitos. Los memorandos de entendimiento firmados en el caso de Kazajstán y en el caso de Nigeria (denominado Abacha II) son un ejemplo de esta buena práctica²¹⁴. Asegurar la integridad de los fondos restituidos exige que los Estados

²⁰⁵ Filipinas, Ley de Reparación y Reconocimiento de las Víctimas de Violaciones de los Derechos Humanos de 2013, Ley de la República núm. 10368, regla V, art. 24.

²⁰⁶ Suiza, FIAA, arts. 17 y 18.

²⁰⁷ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “U.S. enters into trilateral agreement with Nigeria and Jersey”.

²⁰⁸ Gray y otros, *Few and Far*, pág. 5.

²⁰⁹ “Memorando de entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos de América, la Confederación Helvética y la República de Kazajstán”, versión enmendada, párr. 3.1.

²¹⁰ *Ibid.*, párrs. 4.1 y 5.1.

²¹¹ *Ibid.*, párr. 4.1.

²¹² *Ibid.*, párr. 5.1.

²¹³ Global Forum on Asset Recovery, “GFAR principles for disposition and transfer of confiscated stolen assets in corruption cases”, principio 9; Transparency International France, “Le sort des biens mal acquis”, págs. 14 y 15; Civil Forum for Asset Recovery, “Civil society principles for accountable asset return”, principio 5; Reino Unido, “General principles to compensate overseas victims”, principio 3.

²¹⁴ “Memorando de entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos de América, la Confederación Helvética y la República de Kazajstán”, versión enmendada, párr. 2.6. Véase también “Memorando de entendimiento entre el Gobierno de la República Federal de Nigeria, el Consejo

de envío y de recepción acuerden mecanismos de rendición de cuentas y garanticen y comprueben que los fondos se administran de conformidad con el acuerdo. Como ejemplos de mecanismos de rendición de cuentas pueden señalarse la supervisión, la auditoría y la investigación en caso de sospecha de una conducta indebida.

Federal Suizo y la Asociación Internacional de Fomento sobre la devolución, la supervisión y la gestión de los bienes adquiridos ilícitamente decomisados por Suiza y que deben ser restituidos a la República Federal de Nigeria”, art. 13.

Principio 9: Los Estados requeridos deben restituir los fondos públicos malversados a los Estados requirentes

Comentario

72. En virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, los Estados requeridos tienen en determinadas circunstancias la obligación de restituir los fondos públicos malversados, incluidos los fondos públicos malversados que han sido objeto de blanqueo, a los Estados requirentes que tengan un derecho de propiedad sobre esos fondos²¹⁵. El artículo 57 de la Convención estipula que el Estado parte requerido restituirá al Estado parte requirente los bienes decomisados en caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados²¹⁶. Esta obligación de devolver los fondos públicos malversados, o los fondos públicos malversados que han sido objeto de blanqueo, se plantea cuando se cumplen dos condiciones, a saber, “cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado parte requerido”²¹⁷. De este modo, la aplicación de la obligación de devolución estipulada en el artículo 57 viene determinada en parte por el artículo 55, que establece los procedimientos que rigen la cooperación internacional para fines de decomiso.

73. También puede existir una obligación de devolución con respecto al producto de otros delitos establecida en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, más allá de la malversación de fondos públicos y del blanqueo de los fondos públicos malversados, pero únicamente cuando el Estado requirente acredite razonablemente su propiedad anterior de los bienes decomisados²¹⁸. Esta obligación de restituir el producto de otros actos corruptos está sujeta a las mismas condiciones que rigen la devolución de fondos públicos malversados y fondos públicos malversados que han sido objeto de blanqueo: “cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado parte requerido”²¹⁹. Normalmente no será posible caracterizar el producto de actos corruptos como el soborno como “propiedad” del Estado receptor, ya que los fondos representan ventajas indebidas obtenidas por funcionarios públicos²²⁰. En tales circunstancias, el Estado receptor puede reclamar una indemnización por los daños causados por el acto corrupto, pero no una propiedad anterior²²¹. Así pues, la obligación de un Estado requerido de restituir los bienes decomisados al Estado requirente abarca los fondos malversados y los fondos malversados que han sido objeto de blanqueo, pero no otros tipos de producto de la corrupción con respecto a los cuales el Estado requirente no puede demostrar su propiedad anterior.

74. En ciertas circunstancias limitadas, el artículo 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción impone una obligación de resultado (a diferencia de una obligación de conducta) a los Estados requeridos, que deben asegurar que los fondos malversados, o los fondos malversados que han sido objeto de blanqueo, se restituyan efectivamente al Estado requirente. Un intento de buena fe de un Estado requerido de restituir esos fondos a un Estado requirente no cumplirá, por sí mismo, esta obligación de resultado. Siempre que se hayan cumplido las condiciones estipuladas en el artículo 57 (es decir, una reclamación de propiedad, un decomiso con arreglo al artículo 55 y una sentencia firme en el Estado requirente), el término “restituirá” que figura en el artículo 57 no permite a los Estados negarse a devolver esos fondos al Estado requirente alegando que este no ha

²¹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 3, que debe leerse conjuntamente con los arts. 46, 55 y 57, párrs. 1 y 2.

²¹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 3 a).

²¹⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 3 b).

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª edición revisada, (Nueva York, 2012) párr. 781.

²²¹ *Ibid.*, párr. 768.

cumplido ciertas estipulaciones²²². Una legislación nacional que contemple la restitución únicamente a discreción de las autoridades competentes en tales circunstancias no se ajustará al artículo 57²²³. La propia Convención no rige la solución de los problemas relativos al cumplimiento por el Estado requirente de sus obligaciones de derechos humanos, en la medida en que corresponden al proceso de recuperación de activos. Por el contrario, la Convención deja la solución de las preocupaciones de derechos humanos en manos de acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados²²⁴.

75. La obligación que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción impone al Estado requerido de restituir los fondos públicos malversados o los fondos públicos malversados que han sido objeto de blanqueo existe paralelamente a las obligaciones de derechos humanos del Estado requirente. Como se ha señalado anteriormente, las obligaciones de derechos humanos rigen la forma en que los Estados requirentes deben llevar a cabo investigaciones y procesos de lucha contra la corrupción y contra el blanqueo de dinero y procedimientos de recuperación de activos (Principio 5), así como la forma en que asignan y utilizan los activos recuperados (Principios 7 y 8). En virtud del derecho de los derechos humanos, los Estados requirentes deben asignar los activos recuperados de manera responsable, transparente y participativa (Principio 7) y utilizar los activos recuperados de una forma que contribuya a la realización de los derechos humanos (Principio 8). Además, los Estados requeridos y requirentes deben cooperar a nivel internacional en el contexto de los procesos de recuperación de activos para asegurar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (Principio 4).

76. Tomados en su conjunto, esos principios disponen que los Estados requeridos y requirentes deben cooperar entre sí, por medios oficiales u oficiosos, para asegurar que los fondos malversados no solo se restituyan a los Estados requirentes sino que lo hagan de una manera conforme al derecho de los derechos humanos. Los Estados requeridos y requirentes deben conciliar esas obligaciones diversas mediante negociaciones que culminen en un memorando de entendimiento u otro acuerdo por escrito que rija la devolución de los fondos públicos malversados²²⁵. La cooperación en este contexto supone que los Estados requeridos y requirentes participen en esas negociaciones de buena fe, con la voluntad de llegar a un acuerdo. De ser necesario, los Estados requeridos y requirentes pueden solicitar la intervención de un tercero, como una organización internacional o un experto independiente, que asista como mediador en un proceso para llegar a un acuerdo que asegure el cumplimiento de las obligaciones que imponen a los Estados tanto las leyes internacionales de lucha contra la corrupción como el derecho de los derechos humanos.

77. Los requisitos que figuran en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en relación con la restitución de los activos están complementados y reforzados por el derecho de los derechos humanos con respecto al derecho a la autodeterminación, que abarca el derecho de las personas a elegir por quién están gobernadas (autodeterminación política) y el derecho a disponer libremente de sus recursos (autodeterminación económica)²²⁶. Este aspecto del derecho a la autodeterminación puede proporcionar una base

²²² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 3 a), en virtud del cual el Estado parte requerido restituirá al Estado parte requirente los bienes decomisados.

²²³ El proceso de examen de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción reveló que “no se proveían en la legislación interna de ningún Estado mecanismos para indemnizar a las víctimas y proteger a los terceros de buena fe, proceder a la restitución con carácter obligatorio e incondicional en casos de malversación de fondos públicos o de blanqueo de esos fondos malversados (art. 57, párr. 3 a)). En cambio, la restitución solía quedar a discreción de las autoridades competentes”. Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “Aplicación del capítulo V (Recuperación de activos) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, informe temático preparado por la Secretaría (CAC/COSP/IRG/2020/6), párr. 56.

²²⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 57, párr. 5.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995), págs. 55 y 56.

jurídica adicional para la devolución de los fondos públicos malversados en el contexto específico de la explotación de los recursos naturales.

78. En consecuencia, el artículo 1, párrafo 2, común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipula que “para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”²²⁷. Por ende, la población de todo Estado tiene derecho a exigir que el Gobierno explote los recursos naturales del Estado de una forma que beneficie a la población²²⁸. Esto supone concretamente “para las autoridades del Estado obligaciones permanentes de procedimiento para asegurar la transparencia en la disposición de los recursos públicos”²²⁹. El derecho a la autodeterminación económica puede ser violado cuando un Gobierno explote los recursos naturales de una manera corrupta, en interés de una pequeña élite política y sin tener en cuenta las necesidades de la gran mayoría de la población²³⁰. El derecho de las personas a la libre disposición de su riqueza y sus recursos naturales puede verse afectado cuando los Estados requeridos no devuelven los activos robados, o cuando los Estados no asignan los fondos restituidos de una manera que beneficie a la población.

79. No obstante, el derecho a la autodeterminación económica tiene un ámbito de aplicación limitado en lo que respecta a la recuperación de activos, en la medida en que se aplica a la riqueza y los recursos naturales de los Estados y no a su riqueza en general, como la riqueza procedente de los ingresos fiscales. El término “riqueza natural” denota “los elementos de la naturaleza de los cuales pueden extraerse recursos naturales o que pueden servir de base para las actividades económicas”²³¹. El término “recursos naturales” denota “los suministros extraídos de la riqueza natural que pueden ser renovables o no renovables y que pueden utilizarse para satisfacer las necesidades de los seres humanos y otras especies vivas”²³². Por consiguiente, el derecho de las personas a disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales solo es pertinente en un contexto de recuperación de activos en los casos en que un funcionario público haya malversado fondos públicos procedentes de la riqueza y los recursos naturales, como ingresos derivados de la explotación del petróleo, el gas o los minerales. El producto de actos corruptos como el soborno no puede englobarse en “la riqueza y los recursos naturales” del Estado de origen, por lo que quedará fuera del ámbito del derecho a la autodeterminación económica, aún cuando el acto concreto de soborno pueda haber tenido lugar en el contexto de la explotación del petróleo o del gas. Sin embargo, en la medida en que la corrupción tenga como consecuencia subvertir la voluntad de las personas, puede constituir también una injerencia en el derecho a la autodeterminación interna.

80. La obligación que el artículo 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción impone al Estado requerido de restituir los fondos públicos malversados, o los fondos públicos malversados que han sido objeto de blanqueo, existe paralelamente al principio de la obligación de rendir cuentas (véanse los Principios 2 y 7), en virtud del cual los Estados deben asegurar que los fondos restituidos se administren de una manera responsable. En este contexto, la obligación de rendir cuentas significa que el retorno de los fondos públicos malversados debe ir acompañado del establecimiento de mecanismos para supervisar la administración de los fondos restituidos y para atender las reclamaciones por

²²⁷ Véanse también Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 47; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 25; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 21; Declaración sobre el derecho al desarrollo, art. 1, párr. 2.

²²⁸ Cassese, *Self-Determination of Peoples*, págs. 55 y 56.

²²⁹ Ben Saul, David Kinley y Jacqueline Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pág. 67.

²³⁰ Cassese, *Self-Determination of Peoples*, págs. 55 y 56.

²³¹ Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties* (Cambridge, Cambridge University Press, 1997), pág. 18.

²³² *Ibid.*

irregularidades²³³. Los Estados de envío y de recepción deben llegar a acuerdos mutuamente aceptables sobre los mecanismos de supervisión y de reclamación antes de que se produzca la devolución de los activos. Cuando los Estados requirentes no cumplen las disposiciones de la Convención relativas a la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de las finanzas públicas, la presentación de información al público y la participación de la sociedad, los mecanismos de supervisión deberían ser particularmente estrictos²³⁴.

81. **Práctica recomendada.** La supervisión de los fondos restituidos por los Estados Unidos y Suiza al pueblo de Kazajstán por conducto de la BOTA Foundation incluían la supervisión trilateral por los Estados requeridos, representantes de Kazajstán (y no representantes del Estado de Kazajstán) y un tercero, el Banco Mundial²³⁵.

82. Los Estados requeridos deberían abstenerse de deducir de los fondos devueltos los gastos que han tenido que efectuar en el proceso de recuperación de activos, o bien deberían reducir al mínimo indispensable esas deducciones, en particular cuando el Estado requerido sea un país en desarrollo²³⁶. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dispone que “cuando proceda, a menos que los Estados parte decidan otra cosa, el Estado parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados” (art. 57, párr. 4). Una nota interpretativa de esta disposición explica además que el término “gastos razonables” se refiere a “los costos y gastos efectuados y no a comisiones por intermediación u otros cargos no especificados”²³⁷.

83. **Práctica recomendada.** Un ejemplo reciente de buenas prácticas en cuanto a la renuncia a este tipo de cargos figura en el memorando de entendimiento entre los Estados Unidos, Jersey y Nigeria, en virtud del cual los Estados Unidos y Jersey convinieron en transferir el 100 % de los activos a Nigeria²³⁸. Otro enfoque consiste en establecer, por ley, un pequeño porcentaje fijo de los activos decomisados que podrá deducir el Estado requerido²³⁹. Este enfoque sería apropiado en circunstancias en que el Estado requirente no tiene un derecho de propiedad sobre los activos decomisados (es decir, cuando los activos son producto de un delito de soborno y no fondos públicos malversados).

²³³ GAFI, “Best practices on confiscation”; Civil Forum for Asset Recovery, “Civil society principles for accountable asset return”, principios 6 y 7; Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”; Fenner Zinkernagel y Attiso, *Returning Stolen Assets*, pág. 3.

²³⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 9 y 10 y 13; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, arts. 3, 5, 7, 9, 10 y 12; Protocolo de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre la Lucha contra la Corrupción, art. 5; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo, art. 4; Civil Forum for Asset Recovery, “Civil society principles for accountable asset return”, principio 6; Coalición UNCAC, “Civil society statement for the global forum on asset recovery”.

²³⁵ Fenner Zinkernagel y Attiso, *Returning Stolen Assets*, pág. 5.

²³⁶ Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, resolución 8/9, párr. 21.

²³⁷ UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, pág. 516.

²³⁸ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “U.S. enters into trilateral agreement with Nigeria and Jersey”.

²³⁹ Suiza, FIAA, art. 19, párr. 1, que permite la deducción del “2.5 % del valor de los activos decomisados [...] para sufragar los gastos efectuados en los procedimientos de incautación, decomiso y restitución de los activos, y en la aplicación de medidas de apoyo”; Consejo de Derechos Humanos, resolución 40/4, párr. 12.