



Asamblea General

Distr. general
30 de diciembre de 2022
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

52º período de sesiones

27 de febrero a 31 de marzo de 2023

Tema 3 de la agenda

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo

Directrices prácticas no vinculantes para una recuperación de activos eficiente

Informe de la Experta Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Attiya Waris

Resumen

En su resolución 46/11, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales que realizara un nuevo estudio, en relación con los estudios anteriores pertinentes realizados por el titular del mandato y el Comité Asesor, sobre una propuesta de directrices prácticas no vinculantes para una recuperación de activos eficiente con el fin de frenar la transferencia ilícita de fondos y mitigar sus efectos negativos en el goce de los derechos humanos.

En el presente informe, la Experta Independiente señala que la acumulación de activos robados y la transferencia ilícita de fondos a jurisdicciones y países extranjeros socava las obligaciones de los Estados de movilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos. Presenta un proyecto de 13 directrices prácticas no vinculantes sobre los derechos humanos y la repatriación de activos públicos que se ajustan al derecho internacional de los derechos humanos vigente en este contexto.

La Experta Independiente considera que los Estados deben velar por la repatriación inmediata de los fondos de origen ilícito a los países de procedencia y participar activamente en la adopción de compromisos renovados, decisivos y proactivos para poner fin al fenómeno de los flujos financieros ilícitos, incluido el abuso fiscal, y erradicar sus efectos negativos sobre los derechos humanos.



I. Introducción

1. Cada vez es más urgente frenar la pérdida de ingresos esenciales por flujos financieros ilícitos¹ y recuperar esos recursos. Las consecuencias económicas y sociales de la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y las múltiples crisis que se han sucedido, que se reforzaban mutuamente, han supuesto una menor inversión en servicios públicos en los ámbitos de la salud, la educación y la protección social, lo que ha sumido a más de 77 millones de personas en la pobreza extrema en 2021². Se prevé que la deuda soberana mundial seguirá siendo elevada, del 91 % del producto interno bruto, y que el 60 % de los países de ingreso bajo ya están sobreendeudados o en peligro de estarlo³.

2. El grupo de reflexión Global Financial Integrity calcula que los países en desarrollo pierden entre 620.000 y 970.000 millones de dólares anuales en flujos financieros ilícitos. Se calcula que solo en el continente africano cada año se pierden 89.000 millones de dólares debido a la fuga ilícita de capitales⁴. Para prevenir, rastrear, frenar y recuperar estos fondos ilícitos, los Estados se ven obligados a desviar unos recursos ya de por sí escasos, un problema que es anterior a la pandemia. En marzo de 2021, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución 46/11, en la que solicitó al Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, que realizara un nuevo estudio, en relación con los estudios anteriores pertinentes realizados por el titular del mandato y el Comité Asesor, sobre una propuesta de directrices prácticas no vinculantes para una recuperación de activos eficiente con el fin de frenar la transferencia ilícita de fondos y mitigar sus efectos negativos en el goce de los derechos humanos⁵.

3. El titular del mandato ha documentado ampliamente en el curso de su labor las consecuencias de los flujos financieros ilícitos sobre los derechos humanos en el desarrollo de los países. Este informe presenta un proyecto de directrices prácticas no vinculantes sobre los derechos humanos y la repatriación de activos públicos. Se centra en la cuestión de la repatriación de activos públicos desde la perspectiva de los derechos humanos y considera los próximos pasos en la evolución de los vínculos entre ambos.

4. A lo largo de 2022, la Experta Independiente procuró determinar con mayor detalle las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con la repatriación de activos públicos. Para ello, celebró una serie de consultas bilaterales, hizo llamamiento abierto a la aportación de contribuciones⁶ de todo el mundo y examinó cientos de declaraciones e informes de órganos de tratados, titulares de mandatos de procedimientos especiales y otras autoridades de derechos humanos que habían aplicado o no las normas de derechos humanos a la repatriación de activos públicos. La Experta Independiente constató que, a pesar de la diversidad de las fuentes, las opiniones sobre la relación del derecho de los derechos humanos y la repatriación de activos públicos no abordaban sino parcialmente la cuestión. Casi todas las fuentes examinadas determinaban cuáles eran los derechos humanos cuyo disfrute se veía

¹ Los “flujos financieros ilícitos” comprenden las actividades que son ilícitas, ya sea por su origen (por ejemplo, derivadas de actividades delictivas), por su utilización (por ejemplo, para financiar el terrorismo, que es ilegal, o para evadir impuestos de forma agresiva y poco ética, lo que va en detrimento del desarrollo sostenible) o por la naturaleza de la propia transferencia (por ejemplo, el blanqueo de dinero). Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Marco Conceptual para la Medición Estadística de Flujos Financieros Ilícitos* (Viena, 2020).

² Véase Naciones Unidas, Equipo de Tareas Interinstitucional sobre la Financiación para el Desarrollo, *Financing for Sustainable Development Report 2022: Bridging the Finance Divide* (Nueva York, 2022).

³ Karim Karaki, “Debt reform for climate action: Demand grows louder, but will Europe respond?”, Centre for Africa-Europe Relations (7 de noviembre de 2022).

⁴ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Tackling Illicit Financial Flows for Sustainable Development in Africa: Economic Development in Africa Report 2020* (Nueva York, 2020).

⁵ Párr. 24.

⁶ Las contribuciones de los Estados y otras partes interesadas en respuesta a la solicitud de aportaciones de la Experta Independiente pueden consultarse en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2022/call-inputs-new-study-proposed-non-binding-set-practical-guidelines-efficient>.

vulnerado o amenazado por la no repatriación de activos públicos y coincidían en que, en virtud del derecho y las normas de derechos humanos, los Estados debían proteger frente a tales perjuicios. Entre las obligaciones de los Estados figuran obligaciones de procedimiento (como el deber de proporcionar información, facilitar la participación y proporcionar acceso a vías de recurso), obligaciones sustantivas (como la de regular las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras designadas) y una mayor obligación de proteger los derechos de quienes se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

5. Además, durante la elaboración del presente informe, en febrero de 2022, la Experta Independiente participó en un seminario entre períodos de sesiones sobre las repercusiones negativas en el goce de los derechos humanos de la no repatriación a los países de procedencia de los fondos de origen ilícito, convocada en cumplimiento de la resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos, para debatir los retos y las mejores prácticas a este respecto y formular recomendaciones, con la participación de los Estados, el Comité Asesor y otras partes interesadas⁷. Sobre la base de estas consultas y de las contribuciones recibidas de los Estados Miembros, la sociedad civil y otras partes interesadas, la Experta Independiente también determinó prácticas positivas, que se exponen en los comentarios a las directrices que figuran a continuación.

II. Directrices sobre derechos humanos y repatriación de activos públicos

6. Para facilitar el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos de los Estados en materia de derechos humanos en relación con la repatriación de activos públicos, se instó a la Experta Independiente a que elaborara las presentes directrices, que describen las normas en la materia en una herramienta de fácil comprensión y aplicación. En agosto de 2022, la Experta Independiente publicó su llamamiento a la aportación de contribuciones e invitó a presentar comentarios por escrito. La titular del mandato también celebró consultas bilaterales con diferentes partes interesadas y mecanismos, como la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁸ y el Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos. Para preparar el presente informe, la Experta Independiente tuvo en cuenta las aportaciones recibidas durante estas consultas y el seminario entre períodos de sesiones y en respuesta a su petición de contribuciones, así como otros recursos pertinentes, como los principios recomendados sobre los derechos humanos y la recuperación de activos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)⁹.

7. Las 13 directrices siguientes, en las que se establecen las obligaciones básicas de los Estados y otras partes interesadas en materia de derechos humanos y repatriación de activos públicos, se elaboraron a partir de esta variedad de aportaciones. La mayoría de las directrices van acompañadas de un breve comentario en el que se aclara y explica en detalle su contenido. Las directrices y los comentarios no crean nuevas obligaciones, sino que reflejan la aplicación de las obligaciones existentes en materia de derechos humanos en este contexto.

8. Aunque muchas de las obligaciones expuestas en las directrices y los comentarios se basan directamente en tratados o en decisiones vinculantes de tribunales de derechos humanos, otras se inspiran en declaraciones de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas (que tienen autoridad para interpretar el derecho de los derechos humanos, pero no necesariamente para emitir decisiones vinculantes) y en las diversas aportaciones recibidas de los Estados, el mundo académico, la sociedad civil y otras instituciones¹⁰. No obstante, la

⁷ La transmisión web del seminario puede consultarse en <https://media.un.org/en/asset/k1q/k1qgxyigh>.

⁸ Uno de los principios fundamentales de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es el principio de recuperación de activos, establecido en su capítulo V (arts. 51 a 59).

⁹ *Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos* (Ginebra, marzo de 2022).

¹⁰ Aunque las directrices y los comentarios no pretenden repetir obligaciones que no se refieran al derecho de los derechos humanos, sí tienen en cuenta los instrumentos internacionales pertinentes en materia de medio ambiente, como las Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos

coherencia de estas interpretaciones es una prueba fehaciente de las tendencias convergentes hacia una mayor uniformidad y certeza en la interpretación de las obligaciones de derechos humanos en este ámbito. Estas tendencias se ven respaldadas además por la práctica de los Estados, como se desprende, entre otras cosas, de los instrumentos internacionales y las decisiones de los tribunales fiscales y otros órganos decisorios pertinentes. En consecuencia, la Experta Independiente cree que los Estados deberían reconocer el proyecto de directrices como el reflejo del nexo real o emergente entre el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes sobre la repatriación de activos públicos. Confía en que, como mínimo, los Estados las consideren prácticas prometedoras que deberían adoptar lo antes posible.

9. Tras considerarlo, la Experta Independiente optó por el título de “directrices” porque pensó que este reflejaba mejor la naturaleza y el lenguaje de la resolución que confería el mandato. También consideró que “directrices” se entendía bien en los círculos fiscales, donde existen herramientas de este tipo en relación con la deuda y las obligaciones financieras internacionales, incluida la fiscalidad y los flujos financieros ilícitos. Las directrices y los comentarios proporcionan una base sólida para comprender y aplicar las obligaciones de derechos humanos relativas a la repatriación de activos públicos, pero no tienen de manera alguna carácter absoluto. La relación entre los derechos humanos y la repatriación de activos público tiene innumerables facetas y este nexo se comprenderá mejor a lo largo de los años a medida que siga surgiendo más y más información y se cree más jurisprudencia. Estas directrices no pretenden describir todas las obligaciones en materia de derechos humanos que pueden imponerse a los activos públicos y las cuestiones conexas en la actualidad, y mucho menos intentar predecir las que pueden imponerse en el futuro. El objetivo no es más que describir las principales obligaciones en materia de derechos humanos que se aplican en este contexto, con el fin de facilitar su aplicación práctica y su desarrollo posterior. Para ello, la Experta Independiente insta a los Estados, las organizaciones internacionales, los agentes privados, el mundo académico y las organizaciones de la sociedad civil a que difundan y den a conocer las directrices y a que las tengan en cuenta en sus propias actividades.

III. La repatriación de activos públicos desde la perspectiva de los derechos humanos

10. Un aspecto inusual de la formulación de las normas de derechos humanos relativas a la repatriación de activos públicos es que no se han basado principalmente en un derecho, sino que se apoyan en los principios subyacentes que sustentan los derechos humanos: cooperación y asistencia internacionales; igualdad y no discriminación; participación, y acceso a la información. Aunque se ha reconocido que los activos robados han de repatriarse, y los tribunales de muchos países han iniciado actuaciones judiciales a tal efecto, en los acuerdos regionales y en la mayoría de las constituciones nacionales rara vez se ha adoptado un enfoque basado en los derechos humanos. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha elaborado una ley modelo sobre extinción de dominio¹¹ para contribuir al logro de la recuperación de activos en América Latina. Se trata de un instrumento jurídico en el que los países se pueden basar para elaborar leyes civiles que actúen con carácter retroactivo sobre los activos que hayan sido adquiridos o utilizados ilícitamente. Desde su aprobación, Colombia y el Perú han redactado y aprobado leyes de extinción de dominio *in rem* o civil y las han aplicado internacionalmente. Los artículos 54, 55 y 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevén la jurisdicción extraterritorial de los países víctimas, lo que permite a los Estados interponer acciones legales para la restitución de activos robados situados en otras jurisdicciones¹². En 2016, el Perú logró recuperar el equivalente a 8,5 millones de dólares de una trama de corrupción y

Ambientales (Directrices de Bali), aprobadas por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en 2010.

¹¹ Véase https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf.

¹² Véase la publicación de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR): Theodore S. Greenberg y otros, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena* (Washington, D. C., Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y Grupo Banco Mundial, 2009).

blanqueo de capitales en el marco de un caso transfronterizo de decomiso civil. El caso consistía en recuperar activos congelados, incluidos los intereses acumulados desde 2004, de una cuenta bancaria en Suiza. Aunque este caso constituye un buen ejemplo de cooperación mutua en materia de recuperación de activos, aún habría que examinar con más detalle la complejidad en torno a estas iniciativas de cooperación.

11. Según un estudio de la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR)¹³, algunos de los obstáculos a la recuperación internacional de activos eran: a) la falta de mecanismos de congelación eficaces en las jurisdicciones en las que se encontraban los activos; b) las diferencias en los requisitos en materia de prueba y en el nivel de prueba exigido entre sistemas jurídicos; c) el elevado costo de la gestión de los activos durante el proceso de recuperación; d) la falta de claridad en cuanto a las responsabilidades de los distintos servicios de la administración nacional; e) la falta de claridad en cuanto a los canales correctos para tales procedimientos; y f) la falta de información sobre puntos focales en jurisdicciones extranjeras, entre otros.

12. Los órganos de tratados, los tribunales regionales, los procedimientos especiales y otros organismos internacionales de derechos humanos han aplicado el derecho de los derechos humanos en este ámbito, pero aún no han abordado directamente la cuestión de la movilización de recursos internos y la repatriación de activos robados¹⁴. La falta de recursos fiscales y no fiscales interfiere en el pleno disfrute de un amplio espectro de derechos humanos, y las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos se aplican en este contexto en la misma forma que en cualquier otro.

13. Es bien sabido que muchos Estados no cuentan con los recursos financieros y no financieros adecuados para lograr la plena efectividad de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la gran mayoría de los países del mundo han reconocido la ley de repatriación de activos públicos a nivel nacional o regional, o ambos. Basándose en la experiencia de los países que han aprobado una ley de repatriación de activos, el proceso puede reforzarse aún más. Cuando las aplica el poder judicial, estas leyes pueden crear oportunidades para construir instituciones fuertes y transparentes. Esto, a su vez, permite utilizar mejor los recursos para erradicar la pobreza, lograr un desarrollo sostenible y elevar el nivel de vida, además de garantizar el acceso a la justicia. Sobre la base de esta experiencia, la Experta Independiente recomienda al Consejo de Derechos Humanos que considere la posibilidad de apoyar el proyecto de directrices sobre derechos humanos y repatriación de activos públicos que figura en el presente documento.

IV. El camino a seguir

14. Habida cuenta de que las obligaciones en materia de derechos humanos son aplicables a la repatriación de activos públicos, la Experta Independiente alienta al Consejo de Derechos Humanos a que siga participando activamente en la elaboración de orientaciones sobre esta cuestión, como el proyecto de directrices sobre los derechos humanos y la repatriación de activos públicos.

15. Por ejemplo, hay que seguir trabajando para aclarar la forma en que se aplican las normas de derechos humanos relativas a los activos públicos a ámbitos específicos, por ejemplo, en relación con la discriminación por motivos de género, la discriminación contra minorías y pueblos indígenas u otros tipos de discriminación; las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos humanos; las responsabilidades de los distintos Estados en el proceso de traslado de un activo público y su devolución; los efectos de los conflictos armados sobre los derechos humanos y la repatriación de activos públicos; el movimiento ilícito histórico de activos públicos y cómo deberían repatriarse; y las

¹³ Kevin M. Stephenson y otros, *Barreras para la Recuperación de Activos: Análisis de las Barreras Principales y Recomendaciones para la Acción* (Washington, D. C., Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y Grupo Banco Mundial, 2011).

¹⁴ Véase *Principios Recomendados del ACNUDH sobre los Derechos Humanos y la Recuperación de Activos*.

obligaciones de la cooperación internacional en relación con las empresas multinacionales y los daños transfronterizos.

16. También se puede seguir trabajando para institucionalizar el apoyo a la creación de capacidad. Por ejemplo, se puede organizar un foro anual sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la repatriación de activos públicos; se pueden celebrar conferencias sobre la repatriación de activos públicos y asuntos conexos, como la regulación de las instituciones financieras no bancarias, para todas las partes interesadas del sistema judicial, los ministerios de finanzas, la tesorería, las instituciones financieras, los bancos centrales y las instituciones nacionales de derechos humanos; se pueden seguir celebrando talleres judiciales e intergubernamentales sobre derechos humanos y repatriación de activos públicos, y se pueden organizar talleres similares para el personal de los sectores privado y público que se desempeñan en los ámbitos de la contabilidad, el derecho, la inversión, la banca, la informática, la historia y la cultura.

V. Directrices sobre derechos humanos y repatriación de activos públicos

Parte A

Los derechos necesitan recursos y los recursos son para los derechos

Directriz 1

Un enfoque de los activos públicos basado en los derechos humanos

17. A los efectos de las presentes directrices, un activo público es cualquier recurso de valor, ya sea corporal o incorporeal, mueble o inmueble, tangible o intangible, y los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos y puedan utilizarse para lograr la efectividad de alguno o la totalidad de los derechos humanos. Son activos, o recursos, públicos o nacionales los fondos de la seguridad social, los activos financieros y no financieros, los activos medioambientales físicos o intangibles, los activos movidos por medios lícitos o ilícitos y los activos recientes o históricos, entre otros.

Comentario

18. El artículo 2 d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define “bienes” como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Esta definición es la piedra angular de la definición utilizada en estas directrices. El pago de un soborno a un funcionario público puede causar daños en el Estado en el que tiene lugar, pero normalmente el producto del soborno no representa fondos o bienes del Estado cuyo funcionario fue corrompido. Por el contrario, un pago por soborno representa un “beneficio indebido” recibido por un funcionario público de un agente del sector privado. Del mismo modo, los Estados partes requirentes normalmente no pueden reclamar el derecho de propiedad con respecto al producto de la delincuencia organizada, aunque dicha conducta delictiva pueda causar daños en el Estado requirente.

19. Los activos públicos o nacionales son recursos con valor económico, financiero, social, cultural y medioambiental que son propiedad del Estado o están bajo su control para suministrar equitativamente bienes y servicios con el fin de hacer efectivos los derechos humanos de sus poblaciones, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales, así como de proteger el derecho al desarrollo. Se considera que el origen de un activo es ilícito cuando este se obtiene como beneficio de una actividad ilícita y cuando su beneficiario no tuviese una fuente legítima de ingresos suficiente para justificar su interés en el bien o el

beneficio obtenido por él¹⁵. Además, también se considera activo de origen ilícito todo activo cuya propiedad, posesión, custodia o control no pueda justificarse satisfactoriamente por la persona que posea o tenga la propiedad, custodia o control de dicho activo, o todo activo que una persona posea para otra persona en una medida desproporcionada con respecto a los emolumentos u otros ingresos de dicha otra persona y que no pueda justificar satisfactoriamente.

20. La acumulación de activos robados y la transferencia ilícita de fondos a jurisdicciones y países extranjeros socavan la obligación de los Estados de movilizar el máximo de recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, párr. 1). En la observación general núm. 3 (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes se explica con más detalle esta obligación. El artículo 1, párrafo 2, de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo reconoce el derecho inalienable de los pueblos —y, por extensión, de los Estados— a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales. Independientemente de su grado de desarrollo económico, al movilizar el máximo de recursos disponibles para hacer efectivos los derechos humanos, los Estados están obligados a respetar el principio de no discriminación, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

21. La recuperación de activos es la localización, congelación, incautación y decomiso de activos obtenidos ilegalmente y, cuando la ley lo autorice, la restitución de los bienes decomisados al propietario legítimo anterior o a las víctimas de la corrupción, que en algunos casos pueden ser una comunidad o un Estado¹⁶.

22. Idealmente, todos los activos vinculados a flujos financieros ilícitos, incluidas las cargas fiscales impagadas derivadas de diversas formas de abuso fiscal, deberían ser objeto de recuperación de activos, ya que pertenecen al país de procedencia. Seguiría quedando a discreción del otro Estado aceptar la reclamación e investigarla. El ámbito de la recuperación de activos debería ser más amplio que el de los asociados a la delincuencia, el soborno, la corrupción o el robo de activos públicos, ya que la definición de flujos financieros ilícitos incluye con carácter más general las actividades fiscales y empresariales. Los flujos financieros ilícitos también incluyen actividades que pueden no ser necesariamente de naturaleza ilegal, pero que, no obstante, pueden socavar el espíritu de la ley y contravenir los derechos humanos, los principios fundamentales y las constituciones, u otros principios y normas establecidos por los Estados en los tratados. Es el caso, por ejemplo, de los abusos fiscales y de otros tipos de flujos financieros ilícitos y de los abusos y la manipulación de los mercados, como se recoge en el informe de 2015 del Grupo de Alto Nivel sobre los Flujos Financieros Ilícitos procedentes de África.

Parte B

Principios de derechos humanos y legitimidad fiscal

Directriz 2

Legitimidad fiscal para el bien común y un mejor nivel de vida

23. Los Estados deberían respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en las acciones que emprendan para hacer frente a las dificultades fiscales y procurar el desarrollo sostenible, velando por que no solo las instituciones públicas, sino todos los actores e instituciones privadas y públicas dentro de sus ámbitos de actuación, se guíen por los principios de legitimidad fiscal: equidad, justicia, transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad, eficacia y eficiencia.

¹⁵ De conformidad con el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el enriquecimiento ilícito se describe como el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

¹⁶ Véase la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Véase también UNODC, “Stolen Asset Recovery Initiative (StAR)”.

24. En la protección y repatriación de activos públicos, los Estados deberían tomar todas las medidas necesarias y posibles para proteger los derechos de todas las personas dentro de sus fronteras, especialmente de aquellas que, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades, son más vulnerables a sufrir daños o corren un riesgo particular de sufrirlos.

Comentario

25. La directriz 2 se refiere a la responsabilidad de los Estados de utilizar sus recursos de manera eficiente, y al máximo posible, para lograr la plena efectividad de los derechos humanos, en razón del derecho de las poblaciones a beneficiarse de los activos públicos. En los casos en que el activo se encuentra en una jurisdicción extranjera, su recuperación puede llevar meses o años, y muchas veces no es posible debido a obstáculos legales, a la disipación de los fondos o a la falta de recursos. Como se señala en una de las contribuciones recibidas, otro de los retos a los que se suele enfrentar este proceso es el desfase entre lo que exige el Estado requirente y lo que el Estado requerido puede proporcionar¹⁷.

26. Una de las recomendaciones recibidas en las contribuciones era la de que los países expidieran una notificación legal al sospechoso para impedir la venta, enajenación u otro tipo de disipación de los activos. Las autoridades también pueden optar por emitir un aviso de incautación del bien inmueble y solicitar el pago del equivalente monetario de cualquier activo que se haya enajenado¹⁸. En ocasiones, la fiscalía puede optar por la vía civil en lugar de la penal.

27. Desde la perspectiva de las obligaciones de los Estados de respetar, garantizar y promover los derechos de las personas, la transferencia ilegal de activos públicos vulnera los derechos humanos, lo que puede afectar directa o indirectamente a múltiples derechos, pero ello suele ser más evidente en relación con los principios de igualdad y no discriminación y el efecto negativo es mayor sobre los derechos de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad. Para determinar si la no repatriación de un activo público vulnera o no un derecho humano, es necesario aclarar las obligaciones del Estado con respecto a un derecho específico. A continuación, se debe analizar la relación entre el movimiento del activo público y el incumplimiento de una obligación del Estado, para, de este modo, poder determinar en qué consiste la vulneración de un derecho humano por la no repatriación de activos públicos.

28. En cuanto a la administración de los fondos públicos, a través de todos sus órganos e instituciones públicas en general, el Estado tiene la obligación de administrar de forma correcta y transparente los fondos de que dispone, incluidos los que proceden de donaciones y cooperación externa, así como de velar por que estos se utilicen para cubrir las necesidades de la población y no para fines privados ajenos al contexto público, ya que lo contrario implicaría que el Estado no aprovecha al máximo los recursos de que dispone en beneficio de sus habitantes. Esto se traduce en el incumplimiento del logro progresivo de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exacerba la pobreza y la desigualdad y también desalienta la inversión económica. Un sistema fiscal legítimo que incorpora los principios de los derechos humanos cuenta con un sistema tributario equitativo, progresivo y transparente.

Directriz 3

No discriminación

29. Los Estados deberían prohibir cualquier forma de discriminación para que los recursos fiscales se utilicen para lograr el ejercicio equitativo y efectivo de los derechos humanos.

Comentario

30. Conforme reconoció el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 40/8, la cuestión de la deuda externa, tanto pública como privada, que contribuye sustancialmente a la extrema pobreza en el mundo, representa un obstáculo para el desarrollo humano sostenible, entre otras cosas, para el logro de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

¹⁷ Véase la contribución de Mauricio (“State response”).

¹⁸ *Ibid.*

mediante una financiación adecuada. En este sentido, la Asamblea General ya ha expresado preocupación, en su resolución 71/215, por el aumento del endeudamiento privado y público en muchos países en desarrollo y ha destacado la necesidad de proseguir con los esfuerzos para corregir los puntos débiles y los desequilibrios sistémicos y para reformar y fortalecer el sistema financiero internacional.

31. Asimismo, en su resolución 46/11, el Consejo de Derechos Humanos ha recalcado que la repatriación de los fondos de origen ilícito es fundamental para que los Estados en que tiene lugar un proceso de reforma hagan más efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, y cumplan con su obligación de atender a las legítimas aspiraciones de su pueblo;

Directriz 4

Cooperación y asistencia internacionales

32. Los Estados deberían cooperar entre sí para elaborar, mantener y aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños a nivel nacional, transfronterizo y mundial con respecto a la repatriación de los activos públicos que interfieran con el ejercicio pleno de los derechos humanos.

Comentario

33. Las dimensiones extraterritoriales de las obligaciones de derechos humanos en torno a la recuperación de activos públicos robados y la contención de las transferencias ilícitas de fondos por parte de los Estados exigen mejorar la cooperación internacional y la asistencia mutua¹⁹. Un ex-Experto Independiente sobre deuda externa destacó en un informe la importancia de aplicar a la repatriación de fondos ilícitos un enfoque basado en los derechos humanos²⁰.

34. El principio 13 de los principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos dice que los Estados tienen la obligación de prestar asistencia y cooperación internacionales para facilitar la plena efectividad de todos los derechos. Como parte de sus obligaciones con respecto a la cooperación y la asistencia internacionales, los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el disfrute de los derechos humanos de las personas que se encuentren fuera de sus fronteras. Ello implica evitar conductas que perjudicarían previsiblemente el disfrute de los derechos humanos por las personas que vivan más allá de sus fronteras, contribuir a la creación de un entorno internacional que permita la plena efectividad de los derechos humanos y evaluar los efectos extraterritoriales de las leyes, las políticas y las prácticas.

35. En los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos²¹, se recomienda a los Estados que establezcan procedimientos, con inclusión de mecanismos de denuncia adecuados y accesibles, para prevenir, detectar y combatir la corrupción, en particular en los programas sociales y de otra índole que afectan directamente a las personas que viven en la pobreza.

36. Para que se proceda a determinar si un activo es recuperable, un tribunal competente debe emitir una sentencia o decisión que lo exija. En las contribuciones enviadas por los Estados se señaló que una de las dificultades a las que se enfrentan los países es la falta de cooperación entre las unidades de inteligencia financiera del Estado requirente y del Estado en el que reside el sospechoso para llevar a cabo la investigación necesaria de los sospechosos que residen en jurisdicciones extranjeras²². En general, estos activos no están registrados a

¹⁹ El principio 3.2 (principio de justicia en el gasto público) de los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal, elaborados por un consorcio de organizaciones de la sociedad civil, expertos y académicos, también subraya la importancia de los principios de igualdad, legalidad, eficiencia, prioridad del gasto social y participación, además de otros principios que las constituciones nacionales generalmente prevén, para la protección y gestión del patrimonio público de acuerdo con la legislación vigente, con integridad y la debida diligencia y asegurando la calidad del gasto.

²⁰ Véase [A/HRC/25/52](#).

²¹ Aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 21/11.

²² Véase la comunicación del Iraq (en árabe).

nombre del sospechoso, lo que dificulta su identificación y localización. Además, con la rápida evolución del ecosistema en torno a los activos financieros virtuales, el rastreo de dichos activos es el nuevo reto al que se enfrentan los organismos judiciales y de aplicación de la ley, tanto internacionales como nacionales. No es fácil determinar la identidad de los beneficiarios de activos virtuales. Por ello, el actual proceso internacional aún debe tener en cuenta si el marco legislativo nacional es conforme con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y responde a estos rápidos avances. El capítulo V de la Convención establece un marco para la restitución de activos robados al exigir a los Estados partes que adopten medidas para inmovilizar, incautar, decomisar y restituir el producto de la corrupción.

37. La cooperación internacional para la recuperación de activos no debe politizarse. Debería darse prioridad a la promoción y protección del derecho de las personas a un nivel de vida adecuado y del derecho al desarrollo, especialmente en aquellos países con una elevada salida ilícita de activos. La repatriación de fondos de origen ilícito requiere una cooperación y una coordinación estrechas y transparentes entre los Estados requirentes y requeridos y entre sus autoridades competentes, en particular las judiciales, en el marco de la responsabilidad común de facilitar una cooperación internacional eficaz para lograr la pronta recuperación de los activos de origen ilícito²³.

38. Respecto de la restitución del producto del delito, los Estados requirentes y requeridos²⁴ siguen siendo conscientes de que, para los Estados requirentes, tratar de lograr la restitución forma parte de su obligación de asignar el máximo de los recursos disponibles a hacer plenamente efectivos los derechos humanos de todos, incluido el derecho al desarrollo, remediar las violaciones de los derechos humanos y combatir la impunidad, y que los Estados requeridos, por su lado, tienen el deber de contribuir a la restitución del producto del delito y de facilitarla, en particular mediante la asistencia judicial, pues ello forma parte de su obligación de cooperar y prestar asistencia a nivel internacional en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (caps. IV y V) y en la esfera de los derechos humanos.

39. La iniciativa del proceso de Lausana sobre las directrices prácticas para una recuperación de activos eficiente, así como la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados, del Grupo Banco Mundial y la UNODC, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)²⁵, fomentan la coordinación entre las iniciativas existentes como instrumento para la cooperación y la asistencia internacionales. En octubre de 2022, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana aprobó la Año Africano Contra la Corrupción, durante el cual los Estados miembros se comprometían a abolir progresivamente los territorios con opacidad financiera y los paraísos fiscales en el continente, a establecer registros públicos de beneficiarios reales y a velar por que los funcionarios públicos declararan su patrimonio. La Asamblea también hizo un llamamiento a los socios y aliados internacionales para que acordaran un calendario transparente y eficaz para la recuperación y restitución a África de los activos robados, respetando debidamente la soberanía de los Estados y sus intereses nacionales²⁶.

40. Se debe reforzar la cooperación internacional en el marco del sistema de las Naciones Unidas, entre otras cosas, en apoyo de la labor realizada en los planos nacional, subregional y regional para prevenir y combatir las prácticas corruptas y la transferencia de activos de origen ilícito, de conformidad con los principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como también se debe establecer una cooperación estrecha a nivel

²³ Véase la resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos.

²⁴ *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative*, pág. 6, nota a pie de página 3. Véase también el glosario de términos de la iniciativa StAR, disponible en <https://star.worldbank.org/glossary-asset-recovery-terms>.

²⁵ Véase el documento final del 14º período de sesiones de la UNCTAD, celebrado en Nairobi del 17 al 22 de julio de 2016: *XIV UNCTAD Documento final: Maafikiano de Nairobi y Azimio de Nairobi* (UNCTAD/ISS/2016/1).

²⁶ Véase Unión Africana, “Africa’s fight against illicit financial flows and renewed calls to return stolen assets”, 24 de diciembre de 2022.

nacional e internacional con los organismos de lucha contra la corrupción, las fuerzas del orden y los servicios de inteligencia financiera²⁷.

41. Los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también exigen a los Estados que tomen medidas, ya sea individualmente o a través de la cooperación internacional, para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de las personas dentro y fuera de su territorio. Si bien el artículo 2, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere en particular a la asistencia y cooperación económicas y técnicas, no limita la obligación a este tipo de medidas. Así pues, según el comentario a los Principios de Maastricht, la asistencia internacional debe entenderse como un componente de la cooperación internacional: la asistencia internacional puede, y según las circunstancias debe, comprender otras medidas como la divulgación de información a personas en otros países o la cooperación con su Estado, por ejemplo, para localizar fondos públicos robados o para cooperar en la adopción de medidas para prevenir la trata de personas²⁸.

42. La asistencia y la cooperación internacionales son fundamentales para lograr recuperar los activos robados²⁹.

Parte C

Transparencia y acceso a la participación informada

Directriz 5

Transparencia

43. Los Estados deberían proporcionar un entorno seguro y propicio en el que las personas, los grupos y los órganos de la sociedad que trabajan en favor de los derechos humanos y el logro de su plena efectividad mediante políticas fiscales puedan trabajar sin ser objeto de amenazas, acoso, intimidación ni violencia en la prevención y difusión de los movimientos ilícitos y la repatriación de activos públicos.

Comentario

44. Los procedimientos impuestos por las autoridades judiciales extranjeras que permiten a determinados países y no a otros ser parte en las demandas de recuperación de activos siguen siendo un obstáculo para una cooperación eficaz, transparente y constructiva. La participación de algunos Estados en tales demandas está sujeta a requisitos tales como reservas especiales o garantías impuestas por autoridades judiciales extranjeras en demandas de recuperación de activos. Además, es posible que no siempre se autorice o se facilite a los Estados requirentes un acceso completo a las pruebas necesarias, lo que contraviene o restringe la observancia de los procesos y marcos jurídicos nacionales³⁰.

Directriz 6

Libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica

45. Los Estados deberían respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica en relación con cuestiones de recursos internos y la protección y repatriación de activos públicos.

Directriz 7

Participación efectiva

46. Los Estados deberían promover la participación efectiva, lo que incluye, entre otras cosas, la educación y la concienciación de la población sobre el logro de la plena efectividad de los derechos humanos mediante políticas fiscales y la necesidad de proteger los activos públicos.

²⁷ Véase la resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos.

²⁸ [A/HRC/25/52](#), párr. 38.

²⁹ *Ibid.*, párr. 43.

³⁰ Véase la comunicación de Túnez (en francés).

Directriz 8**Acceso a la información**

47. Los Estados deberían facilitar a la población el acceso sin trabas a la información sobre los activos públicos repatriados mediante la recopilación y difusión de información y el acceso asequible, efectivo y oportuno a ella.

Comentario

48. Una combinación de procesos oficiales y extraoficiales para acceder a información crucial resulta más eficiente y eficaz. Las fuerzas del orden recurren a procedimientos de los dos tipos para recabar información. La información puede obtenerse mediante procesos extraoficiales, mientras que las pruebas para garantizar la admisibilidad deben obtenerse mediante procesos oficiales. Además, en el caso de las solicitudes internacionales, la información puede obtenerse de forma oficial o extraoficial, por ejemplo, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), y utilizarse posteriormente en la formulación de una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca³¹. Además, el intercambio extraoficial de información de inteligencia mediante acuerdos entre los directores de los bancos centrales permitirá recabar información muy útil con la rapidez necesaria; lo mismo ocurre con los acuerdos entre servicios aduaneros, que han facilitado el intercambio extraoficial de información³².

49. En su contribución, un Estado recomienda la creación de un organismo internacionalmente reconocido sobre recuperación de activos para el intercambio eficaz de información y la normalización de los regímenes de recuperación de activos³³. También destaca la importancia de los intercambios espontáneos sobre determinados detalles entre profesionales de distintos países. Estos intercambios permiten consolidar las relaciones de confianza y, sobre todo, delimitar con mayor precisión las solicitudes de asistencia recíproca que puedan formularse posteriormente³⁴.

Directriz 9**Gestión de los activos públicos y elaboración de presupuestos participativos****Directriz 9.1**

50. Para evitar adoptar o autorizar medidas con repercusiones financieras que interfieran negativamente en el pleno disfrute de los derechos humanos, los Estados deberían exigir la evaluación previa del uso del activo público y de las repercusiones de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus efectos potenciales sobre el goce de los derechos humanos.

Comentario

51. Para gestionar y preservar los activos recuperados y, en su caso, liquidarlos en una fase temprana para minimizar su pérdida de valor, es crucial elaborar un marco nacional de gestión de activos públicos³⁵. A este respecto, Mauricio ha modificado el artículo 58A de su Ley de Prevención de la Corrupción, que prevé la liquidación de activos en espera de un proceso penal³⁶.

52. Los Estados deben velar por la repatriación inmediata de los fondos de origen ilícito a los países de procedencia, participar activamente en la adopción de un compromiso renovado, decisivo y proactivo para poner fin al fenómeno de los flujos financieros ilícitos y erradicar sus efectos negativos sobre los derechos humanos y el derecho al desarrollo, y adoptar medidas urgentes para impulsar los procedimientos encaminados a la recuperación de los activos³⁷. Es importante alentar a los Estados partes en la Convención de las Naciones

³¹ Véase la contribución de Mauricio (“State response”).

³² Véase la comunicación de Túnez (en francés).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Véase la contribución de Mauricio (“State response”).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Véase [A/HRC/25/52](#).

Unidas contra la Corrupción a que respondan a las solicitudes de asistencia y adopten las medidas que sean necesarias para poder prestar una asistencia más amplia, con arreglo al artículo 46 de dicha Convención, en los casos en que no haya doble incriminación³⁸.

53. Los Estados podrían conseguirlo estableciendo sistemas de gestión de activos que garanticen la seguridad, la conservación, el mantenimiento y la administración de los activos durante su proceso de recuperación. Además de contar con el sistema de gestión de activos físicos, también sería necesario disponer de directrices. Una gestión adecuada de los activos requiere una legislación apropiada y reglamentos de aplicación que garanticen la transparencia, rendición de cuentas, imparcialidad y eficiencia del sistema. Estos elementos inspirarán confianza a la población y mantendrán el funcionamiento del sistema de recuperación de activos.

Directriz 9.2

54. Los Estados deberían prever y facilitar la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con los activos públicos y su repatriación y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso.

Comentario

55. La sociedad civil, los banqueros, los agentes de inversiones y los contables, entre otros, pueden denunciar irregularidades y desempeñar un papel en la exposición de las actividades de los facilitadores³⁹ de flujos financieros ilícitos, llamando la atención sobre el movimiento de activos que contraviene los principios de derechos humanos y sobre las repercusiones negativas que tiene la no repatriación de los fondos de origen ilícito en el estado de derecho y en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, cabe reiterar la obligación de los Estados de proteger a las personas que denuncien, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 33) y la 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 Reconocidos⁴⁰. En un documento de referencia⁴¹ sobre la restitución de activos robados por funcionarios públicos corruptos destinado al Panel de Alto Nivel sobre la Responsabilidad, la Transparencia y la Integridad Financieras Internacionales para Lograr la Agenda 2030, se recomienda a los Estados que impongan penas elevadas a esos profesionales que facilitan la ocultación de activos. Además, se recomienda a los Estados que velen por que la legislación nacional no permita que dichas actividades no puedan divulgarse por el secreto profesional jurídico.

56. Se espera que los bancos y los registradores de empresas se coordinen con las autoridades nacionales competentes para denunciar y compartir extractos bancarios, información sobre empresas y otra información necesaria en el contexto de las iniciativas de recuperación de activos por actividades consideradas ilegales⁴². Por ejemplo, en Mauricio, en virtud de la Ley de Buena Gestión Pública y la Ley de Integridad en la Información, de 2015, los intereses acumulados por fondos ilícitos en cuentas bancarias y determinados tipos de bonos, obligaciones y otros productos de inversión se consideran parte integrante del producto del delito. En consecuencia, el Estado los puede recuperar tras la obtención de una orden de decomiso/recuperación definitiva o de una orden sobre patrimonio injustificado⁴³.

³⁸ Resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 8.

³⁹ Los facilitadores, quienes normalmente deberían actuar como cancerberos del sistema financiero, son personas, banqueros, comerciantes, tenedores de libros, intermediarios, contables, abogados, notarios, asociaciones, profesionales del sector y otros sospechosos o responsables de facilitar flujos financieros ilícitos.

⁴⁰ Resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 17.

⁴¹ Véase

https://factipanel.org/docpdfs/FACTI%20BP7_return%20of%20assets.pdf. https://factipanel.org/docpdfs/FACTI_BP7_return_of_assets.pdf

⁴² Véase la contribución de Mauricio (“National Procedures for Confiscation”).

⁴³ Véase la contribución de Mauricio (“State response”).

57. Los acuerdos bilaterales y los procedimientos adecuados pueden ayudar a que nadie se beneficie injustamente de procesos ineficaces de recuperación de activos. Sería útil contar con una base de datos compartida entre los organismos encargados de la aplicación de la ley que dispongan de la infraestructura informática necesaria⁴⁴. Las instituciones financieras deben ser transparentes y los intermediarios financieros deben aplicar medidas eficaces de diligencia debida. Los Estados deberían buscar medios adecuados, de conformidad con sus obligaciones internacionales, para que las instituciones financieras respondan a las solicitudes de congelación y recuperación de fondos de origen ilícito presentadas desde el extranjero y cooperen con quien las remita y se establezca un sistema eficaz de asistencia judicial recíproca para los Estados que pidan la repatriación de esos fondos. Asimismo, los Estados deberían promover el fortalecimiento de las capacidades humanas e institucionales en la materia⁴⁵.

58. En virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, las instituciones bancarias y financieras deben determinar la identidad de las personas naturales o beneficiarias finales de las cuentas con depósitos de valor elevado. Por ejemplo, en Túnez, de conformidad con los criterios previstos en su legislación, el beneficiario final de una entidad jurídica será: la persona natural que tenga el 20 % o más del capital o los derechos de voto de una entidad jurídica; la persona natural que ejerza el control de hecho o de derecho sobre la gestión o administración de la entidad jurídica, o la persona física que ocupe el cargo de director general de la entidad jurídica. No obstante, los Estados deben subsanar la falta de transparencia en relación con la información sobre los beneficiarios finales de las empresas (cotizadas o no en bolsa, de gestión de activos o de inversiones), los fideicomisos y otros instrumentos jurídicos, acuerdos y entidades (fundaciones, sociedades cooperativas, asociaciones, incluidas las no constituidas en sociedad y las constituidas en sociedad, u órganos de personas, diferentes clases de fondos de inversión y sociedades de responsabilidad limitada), a través de los cuales se canalizan a menudo los productos de la corrupción, el abuso fiscal y otros tipos de fondos ilícitos. Esto también debería incluir los bonos negociados en mercados primarios y secundarios, así como todos los demás niveles de inversión.

59. Basándose en las mejores prácticas que preconiza, la Experta Independiente recomienda que el umbral de participación mínima que establezcan los países para determinar la identidad de un beneficiario final sea cero a fin de disuadir cualquier posibilidad de abuso adicional. Algunos países cuentan con un registro de la propiedad o un registro catastral nacional, pero la información puede no siempre estar actualizada o ser la más reciente. Para evitar retrasos y garantizar el escrutinio público, los registros de titularidades reales y de propiedad de activos deben hacerse públicos, ya que son esenciales para luchar contra las prácticas ilícitas que dan lugar a abusos fiscales transfronterizos, corrupción y blanqueo de dinero. Los Estados deben incluir en sus informes a los órganos de tratados de las Naciones Unidas y en el marco del examen periódico universal información sobre las pérdidas motivadas por los flujos financieros ilícitos, los factores que originan dichos flujos y un análisis exhaustivo de las repercusiones de los flujos, así como de las dificultades a las que se enfrentan para repatriar los activos públicos⁴⁶.

60. La posibilidad de tener un amplio acceso a la información relacionada con los asuntos públicos es un factor que puede dinamizar la lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito y las actuaciones poco éticas en la administración pública. Ello se debe no solo a que el control se ejerce cuando se exige la rendición de cuentas, sino también a que conocer la información puede incentivar la práctica de analizar los hechos y, en caso de encontrar situaciones irregulares, hacer las denuncias correspondientes. Cuanta más información se haga pública, mayor será el poder de la sociedad para hacer valer sus derechos.

61. Los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. A este respecto, cabe reiterar el compromiso de velar por que todas las personas gocen de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 23.

⁴⁶ [A/HRC/25/52](#), pág. 17.

la responsabilidad primordial de los Estados de promover, proteger y respetar todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁷.

Parte D Gobernanza nacional e internacional

Directriz 10 Rendición de cuentas

62. Los Estados deberían garantizar un entorno fiscal sólido que se base en los derechos humanos a la hora de recaudar y asignar el máximo de recursos disponibles para respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, al tiempo que velan por el logro progresivo de su plena efectividad.

Comentario

63. La cuestión sobre la rendición de cuentas por delitos transnacionales a escala internacional resulta difícil de debatir. Tradicionalmente, los delitos transnacionales se han enjuiciado con arreglo a las normas de las jurisdicciones nacionales⁴⁸. La fuente jurídica tradicional de las prohibiciones penales y su aplicación a empresas y particulares por estos delitos es la legislación nacional⁴⁹. Un avance pionero en este ámbito ha sido la aprobación por la Unión Africana del Protocolo de Enmiendas al Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo), que establece un mandato penal para delitos internacionales y transnacionales dentro de la estructura de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁰. Esta novedad ha suscitado reacciones diversas. Aparte de las críticas contextuales, algunos estudiosos se muestran escépticos ante la elevación de estos delitos a la categoría de delito internacional por ser ello incompatible con el derecho internacional consuetudinario vigente⁵¹.

64. En su estudio sobre flujos financieros ilícitos, pobreza y derechos humanos, la International Bar Association concluyó que las acciones de los Estados que fomentan o facilitan los abusos fiscales, o que frustran deliberadamente las medidas de otros Estados para contrarrestar los abusos fiscales, podrían constituir una vulneración de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales⁵². Aunque esta observación se centra en la evasión y la elusión fiscales, la Experta Independiente considera que es igualmente aplicable a otras formas de flujos financieros lícitos e ilícitos, incluidos los generados a través de la corrupción, el soborno y el robo de fondos públicos, siempre que impliquen un activo público.

⁴⁷ Véase la resolución 46/11 del Consejo de Derechos Humanos.

⁴⁸ Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª ed., (Nueva York, Cambridge University Press, 2010), págs. 5 y 6; y Evelyne Owiye Asaala, "Fighting impunity through prosecution of international crimes in Africa", tesis doctoral, Universidad de Witwatersrand, 2019, pág. 15.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Protocolo de Malabo, art. 14.

⁵¹ Ademola Abass, "The proposed international criminal jurisdiction for the African Court: Some problematical aspects", *The Netherlands International Law Review*, vol. 60, núm. 1 (mayo de 2013); y Evelyne Owiye Asaala, "A Critique of the Subject Matter Jurisdiction of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights", en H. J. van der Merwe y Gerard Kemp, eds., *International Criminal Justice in Africa, 2016* (Nairobi, Konrad Adenauer Stiftung/Strathmore University Press, 2016).

⁵² *Tax Abuses, Poverty and Human Rights: A Report of the International Bar Association's Human Rights Institute Task Force on Illicit Financial Flows, Poverty and Human Rights* (Londres, International Bar Association, octubre de 2013), pág. 2.

Directriz 11
Responsabilidad

65. Los Estados deberían tener presentes las obligaciones en materia de derechos humanos y respetarlas, protegerlas y cumplirlas para asegurar una recaudación fiscalmente legítima del máximo de recursos disponibles.

Directriz 12
Derecho a un recurso

66. Los Estados deberían proporcionar acceso a recursos efectivos en caso de vulneración de los derechos humanos y la legislación nacional en la gestión de los activos públicos.

Comentario

67. El proceso de recuperación de estos activos debe basarse en un enfoque de derechos humanos. Dicho proceso comprende, entre otras cosas, localizar el activo y la transacción, determinar la identidad de las partes interesadas y los facilitadores y velar por que los procesos seguidos cumplan los principios de derechos humanos, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General 73/190, de 17 de diciembre de 2018, 74/276, de 1 de junio de 2020, y 75/206, de 21 de diciembre de 2020, sobre la importancia de la acción preventiva y la lucha contra las prácticas corruptas y la promoción de la cooperación internacional para luchar contra los flujos financieros ilícitos y fortalecer las buenas prácticas en materia de restitución de activos con miras a fomentar el desarrollo sostenible y la plena efectividad de los derechos humanos. En su resolución 46/11, el Consejo de Derechos Humanos exhortó a todos los Estados a que, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, incluidas las que imponía el derecho internacional de los derechos humanos, consideraran la posibilidad de promulgar leyes para combatir los delitos cometidos por empresas, incluidas las multinacionales, que privaban a los Gobiernos de fuentes nacionales legítimas de ingresos para ejecutar sus programas de desarrollo⁵³.

68. De conformidad con lo previsto en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos⁵⁴, las empresas tienen la responsabilidad de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos y es necesario que las víctimas puedan acceder en mayor medida a recursos eficaces a fin de lograr una prevención y una reparación efectivas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas. Esto podría contextualizarse para incluir a todas las partes implicadas en facilitar el movimiento de un activo de un Estado a otro por medios lícitos o ilícitos.

69. Es necesario disponer de registros regionales de activos en espacios neutrales, por ejemplo, dentro de las comunidades económicas regionales existentes. La atención debería centrarse en la gestión de los activos a la espera de que se resuelvan los litigios. Los receptores no deberían tener ningún control sobre la restitución de los activos, pero deberían velar por que se preservaran sus ingresos y su valor, mientras que un comité de seguimiento, que incluya a los Estados de la región que cuenten con la supervisión política y los conocimientos técnicos necesarios para que los activos puedan devolverse rápidamente, debería ser responsable de la devolución de los activos al Estado requiriente.

Directriz 13
Leyes, políticas y reglamentos

70. Los Estados deberían velar por la aplicación efectiva de sus reglamentos, leyes y políticas en consonancia con el derecho y las obligaciones de derechos humanos en materia de protección y repatriación de activos públicos en relación con todos los actores, tanto públicos como privados.

⁵³ Párr. 10.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 11.

Comentario

71. Los Estados desempeñan un papel crucial a la hora de reducir las oportunidades de las empresas y las grandes fortunas de evadir impuestos. Podría resultar útil incluir cláusulas contra el abuso en todos los acuerdos fiscales y mejorar las prácticas de divulgación de información y transparencia en la declaración de ingresos y beneficios tanto en las jurisdicciones de procedencia como en las de destino, entre otros medios procurando que las transacciones financieras entre Gobiernos y empresas sean transparentes para las autoridades fiscales competentes⁵⁵. Los Estados deben considerar la posibilidad de no deducir los gastos relacionados con la recuperación de activos o de reducir su importe al mínimo razonable, especialmente cuando el Estado requirente sea un Estado en desarrollo, teniendo presente que la devolución de los activos adquiridos ilícitamente contribuye al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁵⁶.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 12.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 13.