

Estratexias do Estado de dereito fronte á criminalidade organizada transnacional

Estrategias del Estado de derecho frente a la criminalidad organizada transnacional

Strategies of the rule of law against transnational organized crime



ANTONIO ROMA VALDÉS

Fiscal

antonio.roma@udc.es

Recibido: 11/01/2018 | Aceptado: 03/04/2018

Resumo: A criminalidade organizada experimentou un gran crecemento grazas ás novas comunicacións e ás novas formas de relación nas sociedades modernas. Como contraste, a colaboración entre as autoridades dos distintos Estados e as propias leis internas seguen ancoradas en técnicas xurídicas tradicionais cada vez máis ineficaces.

Neste traballo analízanse as estratexias dos Estados tanto na esfera interna como na internacional. No ámbito interno destácase a necesidade de perseguir os bens procedentes do delito para evitar que o delito lles xere beneficios aos seus responsables, así como a persecución de formas penais abstractas ao delito, tales como o branqueo de diñeiro ou o delito de organizacións criminais. No ámbito internacional, deben potenciarse novas ferramentas ou instrumentos de cooperación entre as autoridades fiscais e xudiciais, tales como os equipos conxuntos de investigación ou os mecanismos supranacionais de coordinación.

A análise compara a situación na Unión Europea e Iberoamérica.

Palabras clave: Dereito penal, delincuencia organizada, comisos, cooperación xudicial internacional, Iberoamérica.

Resumen: La criminalidad organizada ha experimentado un gran crecimiento gracias a las nuevas comunicaciones y a las nuevas formas de relación en las sociedades modernas. Como contraste, la colaboración entre las autoridades de los distintos Estados y las propias leyes internas siguen ancladas en técnicas jurídicas tradicionales cada vez más ineficaces.

En este trabajo se analizan las estrategias de los Estados tanto en la esfera interna como en la internacional. En el ámbito interno se destaca la necesidad de perseguir los bienes procedentes del delito para evitar que el delito genere beneficios a sus responsables, así como la persecución de formas penales abstractas al delito, tales como el blanqueo de dinero o el delito de organizaciones criminales. En el ámbito internacional, deben potenciarse nuevas herramientas o instrumentos de cooperación entre las autoridades fiscales y judiciales, tales como los equipos conjuntos de investigación o los mecanismos supranacionales de coordinación.

El análisis compara la situación en la Unión Europea e Iberoamérica.

Palabras clave: Derecho penal, delincuencia organizada, decomisos, cooperación judicial internacional, Iberoamérica.

Abstract: Organized crime has experienced a great growth thanks to new communications and new forms of relationship in modern societies. In contrast, cooperation between authorities of different countries and domestic provisions against crime remain ineffective.

This paper analyses the strategies of the states in the international sphere as well as the national one. In the internal area, there is a need to confiscate assets from crime to avoid benefits for those responsables, as well as the prosecution of abstract criminal forms of crime, such as money laundering and the crime of organized groups. In the international area, new tools or instruments of cooperation among fiscal and judicial authorities should be strengthened, such as joint investigation teams or supranational coordination mechanisms.

Analysis compare the situation in European Unión and Latin America.

Key words: Criminal law, organized crime, confiscation, international judicial cooperation, Latin America.

Sumario: 1 Introducción. 2 Bases para unha cooperación xudicial internacional eficaz. 2.1 A evolución da cooperación entre as autoridades xudiciais dos Estados. 2.2 O principio de dobre tipificación e a harmonización das leis penais. 2.3 A necesidade de novas formas de cooperación entre os Estados. 3 A privación de bens como ferramenta fundamental. 3.1 A solución no dereito comunitario: os comisos penais. 3.2 O sistema de perda ou extinción do dominio. 3.3 A necesaria compatibilidade entre ambos os dous sistemas. 3.4 Unha necesidade en común: a xestión transitoria dos bens. 3.5 Os espazos esquecidos: os paraísos fiscais e os paraísos institucionais. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Se antes o estudo dunha materia exixía ler pausadamente a bibliografía dispoñible, hoxe calquera información é accesible a golpe de clic: todo é máis rápido e inmediato e calquera desprazamento de persoas, capitais e mercadorías é doado e barato. A sociedade actual é aberta, complexa e rapidamente evolutiva, e os canons normativos e institucionais dos Estados non se adaptan con facilidade ás novas situacións. Ante as formas de relación social estendéronse formas tradicionais de delincuencia ou xurdiron novos conflitos, algúns dos cales son resoltos de xeito desigual polas lexislacións penais en busca dunha non sempre doada eficacia.

Un dos principais problemas dos Estados é precisamente afrontar as consecuencias da delincuencia organizada transnacional. Algúns organismos trataron de cuantificar economicamente a importancia do crime organizado e situouse no 1,5 do PIB mundial¹ con fundamento nuns datos dificilmente contrastables cando se basea en datos obtidos de aspectos ocultos da sociedade. Non se trata polo tanto de asumir esas informacións, senón de destacar a importancia cualitativa deste fenómeno que pasou de centrarse nos grandes tráfico de droga, armas e seres humanos, sexa con fins de explotación sexual ou laboral, a outras formas delituosas como o cibercrime, o terrorismo ou as redes de corrupción, entre outras variadas formas de ataque á sociedade ou aos propios alicerces do Estado de dereito.

En xeral, a delincuencia organizada ten como características fundamentais a súa complexidade e o seu carácter transnacional. A súa complexidade xa que se apoia nas vantaxes do sistema económico e se serve de estruturas societarias e contables para funcionar, despraza tanto mercadorías como capitais de xeito cada vez máis sofisticado e é capaz de atentar masivamente contra persoas e Estados. As estruturas delituosas actuais son complexas, contan co apoio de moitas persoas e organizacións preparadas e, en consecuencia, a súa investigación, persecución e castigo dista moito do marco normativo e institucional que os Estados foron tecendo desde o século XIX. E é transnacional na medida en que os grupos criminais se aproveitan dos límites

soberanos dos Estados para operar delituosamente, sexa para cometer un delito desde outro Estado (por exemplo, traficando cun ben prohibido), sexa para ocultar, disimular ou gozar das ganancias xeradas coa súa actuación.

A delincuencia organizada acadou tal grao de sofisticación e tamaño que non pode atacarse separadamente en cada Estado, de maneira que todas as nacións estenderon unha lexislación interna cada vez máis complexa na mesma medida en que expandiron o seu marco xurisdiccional para defender a sociedade en que se asentan dos crimes que se preparan ou executan desde outro Estado e tenderon a xerar institucións que procuran adaptarse ao ritmo que marca a nova delincuencia. Non obstante, o esforzo separado das nacións é baldío e exige novas estratexias que en esencia son dúas, a saber, a creación de novos espazos de cooperación entre as respectivas autoridades e a privación dos beneficios do delito para os seus autores. Estes dous aspectos son os que se tratan a continuación.

A abordaxe da materia indicada no título require unha comparación de sistemas xurídicos e institucionais e un enfoque decididamente transnacional. Polo tanto, vaise establecer unha permanente comparación entre o sistema comunitario europeo cos diferentes sistemas presentes nunha rexión global tan importante como a iberoamericana.

2 BASES PARA UNHA COOPERACIÓN XUDICIAL INTERNACIONAL EFICAZ

2.1 A evolución da cooperación entre as autoridades xudiciais dos Estados

A cooperación entre os Estados experimentou unha importante pero insuficiente e desigual evolución nos últimos anos. As lexislacións internas dedicábanlle un amplo espazo á extradición como forma de cooperación entre Estados. Non obstante, a extradición é un instituto que se explica pola existencia de fronteiras amuralladas no pasado, de maneira que a solicitude de entrega dun suxeito se conforma como un aspecto vinculado á soberanía que implica a decisión final dunha autoridade política dentro dun marco normativo que inclúe unha intervención das autoridades xudiciais. O vixente artigo 824 da Lei de axuízamento criminal española, vixente desde 1882, expresa esta concepción ao prescribir que “só poderá pedirse ou proporse a extradición: 1.º Dos españois que, tendo delinquido en España, se refuxiasen en país estranxeiro. 2.º Dos españois que, tendo atentado no estranxeiro contra a seguridade exterior do Estado, se refuxiasen en país distinto daquel en que delinquiron. 3.º Dos estranxeiros que, debendo ser xulgados en España, se refuxiasen nun país que non sexa o seu”. Así eran e seguen a ser, con algunhas diferenzas, as leis de todos os Estados.

Na actualidade, pola contra, gañou unha presenza (ben é certo que escasa) na lexislación interna e sobre todo nos tratados internacionais a figura da cooperación internacional con miras á obtención de material probatorio ou á práctica de distintas clases de dilixencias, de maneira que un xuíz dun Estado A pide a asistencia da autoridade que corresponda dun Estado B a través dun mecanismo que se funda no principio de confianza mutua entre os Estados, base da sinatura e ratificación de convenios internacionais. Igual que a extradición, a forma que os convenios internacionais existentes na actualidade veñen descansando na centralización dos actos de comunicación entre as autoridades xudiciais dos distintos Estados nas autoridades centrais designadas polo poder político tanto como forma de xestión tanto como de control.

Postas así as cousas, a cooperación xudicial entre Estados establécese sobre un sistema en que unha autoridade xudicial independente ou, cando menos, autónoma, como os ministerios públicos, lle remite un rogo a outra autoridade xudicial doutro Estado soberano a través dunha comunicación escrita que debe pasar sucesivos pasos nos cales o protagonismo recae na supervisión dunha autoridade administrativa. Na súa concepción tradicional, para que unha carta ou comisión rogatoria cruce unha fronteira, deberá ser coñecida, rexistrada e transmitida por dúas autoridades centrais cando menos, máis o tempo de tradución. Ben é verdade que o mecanismo da cooperación xudicial internacional evolucionou para incrementar os actos de cooperación, en particular dentro de Europa.

2.2 O principio de dobre tipificación e a harmonización das leis penais

Particularmente no ámbito extracomunitario, tanto na extradición como na cooperación xudicial internacional, ten unha importancia nada desdeñable un principio común, o de dobre tipificación, que suxeita o cumprimento do solicitado por unha autoridade estranxeira a que os feitos susceptibles de axuízamento ou de cumprimento de pena se atopen castigados en ambos os dous Estados. Por esta razón, diferentes organizacións propiciaron ou auspiciaron a sinatura de convencións internacionais promovendo a inclusión no dereito dos Estados de determinadas formas de delincuencia. No caso da ONU producíronse convencións con distintos contidos que, ademais de propor unha tipificación uniforme, abriron a vía para que os Estados as comprendan como tratados de cooperación xudicial ou de extradición nunha técnica de dereito brando². E non é o único ámbito cunha pretensión globalizadora: outras organizacións, como a OCDE³ e o Consello de Europa⁴, abríronse á sinatura de convenios ratificados en diferentes continentes.

De xeito paralelo, nalgúns ámbitos rexionais producíronse formas de harmonización legislativa penal; así, ademais da Unión Europea, pode mencionarse o Sistema da Integración Centroamericana (SICA), que agrupa Costa Rica, O Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Panamá. En ambos os dous ámbitos, pero con diferenzas técnicas importantes, procurouse equiparar a redacción dos tipos penais de maneira que a cooperación entre os Estados sexa máis doada e as sociedades resulten mellor protexidas.

Un dos exemplos máis patentes de dificultade atopámolo no tráfico ilícito de bens culturais. En concreto, todas as normas comunitarias que establecen o deber dos Estados de incorporar no seu respectivo ordenamento interno o sistema de cooperación xudicial en materia penal de acordo co principio de recoñecemento mutuo eximen do principio de dobre tipificación un conxunto de trinta e dúas infraccións por consideralas comúns en todos eles, e unha delas é o tráfico ilícito de bens culturais⁵. Non obstante, entender o que se comprende por tráfico ilícito e ata onde alcanza a protección cultural do ben varía dun a outro Estado. Deixando de lado o aspecto cultural, o ámbito do tráfico pode referirse a condutas como a exportación, a importación ou a posesión ou o comercio ilegal interno. No seguinte cadro amósase unha comparación dos réximes xurídicos en Europa⁶:

	Exportación	Importación	Comercio interno
Alemaña	L. 2007	L. 2007	
Austria	CP		
Chipre	CP		
Croacia	325 CP		

	Exportación	Importación	Comercio interno
Francia	L 114-1 e L. 214-3 C. Patrimoine		
Eslovenia	218 CP		
Eslovaquia	CP		
España	2 L. Contrabando		
Estonia	CP		
Grecia	6, 65 L. 2002	64 L. 2002	59 L. 2002
Hungría	311 CP		
Italia	174 L. 2004		173 L. 2004
Lituania	199 CP		
Luxemburgo	CP		
Reino Unido			1 Dealing Act 2003
Romanía	416 CP		
Polonia	CP		
Portugal	21, 23 DL 89	22, 23 DL 89	

A lectura permite deducir que dos actuais vinte e oito Estados só dezoito prevén unha regulación ao respecto, dezasete deles establecendo de xeito expreso unha sanción penal para a exportación e tres deles para a importación de bens culturais. O mesmo exercicio pode establecerse en Iberoamérica, de acordo coa táboa seguinte:

	Exportación	Importación	Comercio interno	Poseción
Arxentina	49 L 25743	49 L 25743	48 L 25743	
Bolivia	223 CP			
Colombia	L. especial			
Ecuador	415 CP		415 CP	
O Salvador	224 CP	224 CP	223 CP	223 CP
Guatemala	332 CP		332 CP	
México	L. especial			
Nicaragua	299 CP		299 CP	
Panamá	231, 233 CP		231 CP	234 CP
Perú	228-230 CP		228-230 CP	
Venezuela	41 L. especial			

Polo tanto, nada sancionan ao respecto as lexislacións de Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Honduras, Paraguai, República Dominicana e Uruguai, mentres que once Estados castigan a exportación, dous a importación, seis o comercio non autorizado e dous deles, igual que Grecia, a posesión de bens culturais. O resultado de ambos os dous cadros tradúcese nunha falta de determinación do que debe entenderse por tráfico ilícito, en particular para casos distintos da exportación de bens culturais, e este aspecto pode condicionar decididamente a cooperación entre os Estados.

E non é o único caso suposto delituoso que crea problemas. Algunhas figuras penais son novidasas e explícanse en boa medida polas tensións que xera o comercio internacional, que alcanzan de xeito moi desigual os Estados e que poden presentar serios inconvenientes de

harmonización legislativa. É o caso do delito de minaría ilegal, recollido de xeito expreso nas leis penais de Chile, Colombia, Ecuador ou Perú e que podería acadar a categoría delituosa noutros Estados na medida en que a actividade chegase a producir danos ambientais noutros Estados. Ou o de tráfico de órganos, tratado de modo moi desigual e que en escasas ocasións prevé o suposto de turismo con miras ao transplante a que se refire o Convenio de Santiago de Compostela do Consello de Europa contra o tráfico de órganos de marzo de 2015.

A estratexia fundamental de harmonización legislativa centrouse en castigar dúas formas delituosas que se afastan do resultado antixurídico central e apuntan á liña de flotación das organizacións: o delito de asociación ou organización criminal e o delito de branqueo ou lavado de activos. O primeiro tende á sanción da creación, dirección ou pertenza a unha organización criminal e os Estados signatarios da Convención de Palermo, que son todos ou case todos os do mundo, deberon incorporala aos seus ordenamentos internos, no caso español a través dun delito especial e autónomo de organización e grupo criminal nos artigos 570 bis e ss. CP, que debe combinarse con distintas agravacións específicas dun xeito moi pouco practicable para os efectos de determinar a penalidade en concreto. En América, algunhas leis sancionan a asociación ilegal, casos de Arxentina (210, 210 bis CP, aínda que a xurisprudencia configurou este delito como unha forma preparatoria doutros, exixindo un resultado delituoso diferente), Chile (292 ss. CP), Costa Rica (281 CP), Ecuador (369 CP), O Salvador (345 CP), México (164, 164 bis CP) e Nicaragua (392 CP). No caso do Perú, castígase tanto a asociación ilícita (317, 317 CP) como distintas formas de agravación específica, mentres que no Brasil se castiga a pertenza a cuadrilla ou banda (288, 288 a CP).

Pola súa parte, o delito de branqueo (como é coñecido en España e Panamá) ou lavado (denominación común en case toda Iberoamérica) de diñeiro, capitais ou activos tende a privar de beneficios os partícipes do delito e dos que con eles cooperan. O castigo, que deriva das distintas convencións internacionais ratificadas no marco da UNODC, ten no caso europeo un tratamento moito máis concreto e é unha ferramenta fundamental para o combate do crime organizado. Non obstante, algunhas nacións castigan calquera acción de lexitimación de capital delituoso (España, 301 CP; Arxentina, 305 CP; Colombia, 323 CP; Ecuador, 289 CP; México, Lei federal para a prevención e identificación de operacións con recursos de procedencia ilícita de 2012; Nicaragua, Norma para a prevención de lavado de diñeiro e outros activos de 2002; Perú, Lei 27765, de 2002), mentres que noutras lexislacións a sanción se reserva para os casos de lexitimación de capitais que proceden de formas concretas de delincuencia (Brasil, artigo 1 da L. 9.613, de 1998; Chile, 27 L. 19.913, de 2003; O Salvador, Lei 498, de 1998), deixando fóra os casos de procedencia doutras formas delituosas, ou ben lle outorgan un tratamento procesual ou institucional diferente en función da forma de delincuencia asociada á actividade delituosa (Bolivia, Lei 913, de 2017). Nestes casos de distinto tratamento en función da clase de delincuencia, o funcionamento do sistema represor sempre irá lastrado nos casos frecuentes na práctica de detección dunha actuación propia do branqueo en que a orixe do capital ilegal non pode determinarse *a priori*.

2.3 A necesidade de novas formas de cooperación entre os Estados

A pesar das dificultades apuntadas, é xusto recoñecer que o sistema de cooperación entre Estados funciona. Non obstante, cabe mencionar que as formas de cooperación deben evolucionar se pretender ser eficientes e superar os vellos límites fronteirizos. En particular, as formas

de cooperación xudicial non poden quedar limitadas a unha petición en forma de comisión rogatoria transmitida a través de autoridades administrativas e a cumprir de acordo cun marco probatorio particular e distinto daquel para o que ha de servir. Con outras palabras, se a autoridade xudicial (normalmente o ministerio público correspondente) dun Estado A solicita unha dilixencia do Estado B, a autoridade xudicial deste Estado practicará de acordo coas exixencias e os estándares probatorios que lle son propios, que poden ser inferiores aos do Estado requirente, podendo frustrar a eficacia do material probatorio obtido⁷.

No caso da Unión Europea, a comunicación das autoridades xudiciais é directa sen intervención governativa, coa conseguinte ganancia en celeridade na execución, e as autoridades xudiciais (na fase previa os ministerios públicos coa estraña excepción española) executarán o solicitado de acordo coas previsións da autoridade requirente, algo lóxico xa que é neste Estado onde deberán producir efectos. Do mesmo xeito e dentro deste ámbito comunitario, flexibilizouse a intervención dos Estados a autorizar que os Estados poidan desenvolver directamente noutros Estados actos xurisdicionais (citacións, notificacións ou intervencións telefónicas) de maneira que as peticións xurisdicionais se reservan para os supostos de verdadeira importancia e en nada se resente a soberanía dun Estado porque un cidadán situado no seu territorio reciba por correo unha notificación dunha autoridade estranxeira.

Finalmente, institucionalizouse a relación xurídica con instrumentos de coordinación como a Rede Xudicial Europea ou EUROJUST e incorporáronse técnicas novas de cooperación internacional cuxa exposición excede o ámbito deste traballo, á vez que técnicas de prevención e resolución de conflitos xurisdicionais.

Unha das formas de cooperación máis eficaces atopámola na constitución de equipos conxuntos de investigación entre as autoridades de distintos Estados. Aínda que algúns convenios no marco da ONU admiten determinadas formas de investigación encuberta e actuacións combinadas entre os Estados, de ningún modo afondan nesta forma de coordinación das autoridades fiscais e xudiciais. No caso da Unión Europea, a materia réxese a través da Decisión marco 2002/465/JAI do Consello sobre equipos conxuntos de investigación, creados en coordinación con EUROJUST, sempre que resulte precisa unha actuación coordinada e concertada de polo menos dous Estados membros e a través do acordo das autoridades competentes en que se concreten os procedementos a seguir polo equipo. Entre as vantaxes do sistema pode mencionarse que tanto a información como o material probatorio se transmiten sen as formalidades que implica o sistema de cooperación xudicial tradicional.

Pola súa banda, algunhas leis iberoamericanas conteñen a posibilidade de crear equipos conxuntos de investigación por acordo dos que encabezan os ministerios públicos; non obstante, non regulan a súa formación e o seu contido⁸.

3 A PRIVACIÓN DE BENS COMO FERRAMENTA FUNDAMENTAL

A forma máis efectiva de combater a gran criminalidade é, sen dúbida, frustrar as vías de financiamento das súas actividades e estrangular os beneficios económicos dos seus autores. Os convenios internacionais citados con anterioridade apuntan directamente a esta medida e as lexislacións dos Estados realizaron avances desiguais ao respecto. Desde organizacións como a UNODC, o GAFI, o G20 ou a Unión Europea formulouse un rosario de guías, recomendacións e resolucións de distinto alcance intentando que se adopten medidas para privar os beneficios das

organizacións criminais de acordo co propio ordenamento xurídico interno, así como medidas para procurar unha xestión preventiva destes⁹.

Neste punto, cómpre destacar que na práctica comparada se formularon desde dous sistemas diferentes, pois mentres nalgúns Estados se acode a medidas accesorias ao delito no marco do ordenamento penal mediante o comiso dos bens, noutros séguense accións propiamente civís.

A finalidade dos bens pode consistir na entrega ao Estado para a súa inclusión nos orzamentos xerais, a adxudicación a fondos especiais de loita contra determinadas formas de delito ou de prevención da súa futura aparición, a posta á disposición dunha autoridade pública, sexa policía ou ministerio público, a compensación das vítimas ou a reutilización social. Todas estas formas de xestión son adecuadas e variables en función da importancia do delito e dos seus efectos en cada sociedade, e requiren para o seu bo funcionamento e a propia credibilidade do sistema na sociedade explicación do seu funcionamento e transparencia e boas prácticas na súa xestión. Non obstante, todas elas parten da necesidade de privar dos bens os que infrinxen as normas esenciais da comunidade.

Nas liñas que seguen expóñense as características de dous modelos contrastados, o comunitario e o seguido en diversas nacións iberoamericanas.

3.1 A solución no dereito comunitario: os comisos penais

No marco da Unión Europea, a privación da propiedade dos bens configúrase como unha materia penal de acordo coa Directiva 2014/42/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 3 de abril de 2014, sobre o embargo e o comiso dos instrumentos e do produto do delito na Unión Europea, e execútase de acordo cunha ferramenta propia da cooperación penal baseada no principio de recoñecemento mutuo de resolucións penais a través da Decisión marco 2006/783/JAI do Consello, relativa ao principio de recoñecemento mutuo de resolucións de comiso¹⁰. En concreto, os artigos 4 a 6 da directiva obrigan a que os dereitos internos dos Estados membros adopten as medidas necesarias para poder proceder ao comiso, xa sexa total ou parcial:

a) Dos instrumentos e do produto do delito, ou de bens cuxo valor corresponda aos ditos instrumentos ou produto, logo de resolución penal firme condenatoria, que poderá ser tamén resultado dun procedemento tramitado en ausencia do acusado.

b) De bens pertencentes a unha persoa condenada por unha infracción penal que directa ou indirectamente poida dar lugar a unha vantaxe económica, cando un órgano xurisdiccional resolva, considerando as circunstancias do caso, incluídos os feitos específicos e as probas dispoñibles, tales como que o valor do ben non garda proporción cos ingresos lícitos da persoa condenada, que o ben de que se trata procede de actividades delituosas.

c) De produtos do delito ou outros bens cuxo valor corresponda a produtos que, directa ou indirectamente, fosen transferidos a terceiros por un sospeitoso ou un acusado, ou que fosen adquiridos por terceiros dun sospeitoso ou un acusado, polo menos cando eses terceiros tivesen ou debesen ter coñecemento de que o obxectivo da transferencia ou adquisición era evitar o comiso, baseándose en feitos e circunstancias concretas, entre elas a de que a transferencia ou adquisición se realizase de maneira gratuíta ou a cambio dun importe significativamente inferior ao valor de mercado.

De xeito complementario, a decisión marco permite que unha autoridade xudicial dun país da Unión Europea remita unha resolución de embargo preventivo ou comiso de bens directamente á autoridade xudicial doutro Estado no cal será recoñecida e executada cunhas causas taxadas de oposición e en todo caso sen que resulte de aplicación o principio de dobre tipificación cando a

pena imposta exceda un límite de tres anos ou se tipifique de acordo cunha lista de trinta e dúas categorías de infraccións penais, normalmente comúns e que en calquera caso comprenden as propias da delincuencia organizada que se indicaron con anterioridade.

Unha vez ditada a resolución pola que se acorda o comiso, que pode ser autónoma á condena polo delito en función do ordenamento xurídico interno de cada nación, o órgano sentenciador pode remitir a súa resolución acompañada dun formulario específico ao Estado en que se teñan motivos fundados para crer que a persoa ou empresa de que se trate posúe bens ou ingresos ou ben a varios Estados nalgúns supostos. Unha vez recibido pola autoridade xudicial competente, recoñecerá e adoptará as medidas necesarias para a súa execución.

Así pois, atopámonos cunha medida que pode adoptarse autonomamente mediante sentenza xudicial, dentro ou fóra dun procedemento penal pero sempre en relación cun delito e sempre executada como unha resolución penal.

A situación vixente nos Estados americanos é distinta ao coexistiren dous sistemas xurídicos diferentes, sendo predominante no sur do continente o sistema de comisos penais, que en poucas ocasións se estende a bens e efectos diferentes dos que constitúen propiamente o obxecto do delito. Trátase dos casos seguintes:

a) **Argentina.** Os artigos 23 do Código penal e 231 do Código procesal penal determinan o comiso dos bens e efectos do delito, establecéndose a medida preventiva de secuestro e posta de bens á disposición xudicial.

b) **Bolivia.** O artigo 71 do Código penal establece a consecuencia de comiso dos bens e efectos do delito, e o artigo 71 bis, aplicable para o delito de lexitimación de ganancias ou lavado de activos, estipula o seguinte:

Nos casos de lexitimación de ganancias ilícitas provenientes dos delitos sinalados no artigo 185 bis, disporase o comiso:

1. Dos recursos e bens provenientes directa ou indirectamente da lexitimación de ganancias ilícitas adquiridos desde a data do máis antigo dos actos do que tivese xustificando a súa condena; e,

2. Dos recursos e bens procedentes directa ou indirectamente do delito, incluíndo os ingresos e outras vantaxes que se tivesen obtido deles, e non pertencentes ao condenado, a menos que o seu propietario demostre que os adquiriu pagando efectivamente o seu prezo xusto ou a cambio de prestacións correspondentes ao seu valor; no caso de doazóns e transferencias a título gratuito, o donatario ou beneficiario deberá probar a súa participación de boa fe e o descoñecemento da orixe ilícita dos bens, recursos ou dereitos.

Cando os recursos procedentes directa ou indirectamente do delito se fusionen cun ben adquirido lexitimamente, o comiso dese ben só se ordenará ata o valor, estimado polo xuíz ou tribunal, dos recursos que se tivesen unido a el.

O comiso disporase coa intervención dun notario de fe pública, quen procederá ao inventario dos bens con todos os detalles necesarios para poder identificalos e localizalos.

Cando os bens confiscados non se poidan presentar, poderase ordenar a confiscación do seu valor.

Pola súa banda, o Decreto supremo 26143, do 6 de abril de 2001, establece o Regulamento de administración de bens incautados, comisados e confiscados, fixando entre outros criterios a regra de monetización dos bens.

c) **Brasil.** As leis especiais en materia de lavado de activos e terrorismo (leis 9.613/1998 e 13.260/2016) permiten formas de comiso ampliado.

d) Chile. A Lei 20.000, que substitúe a Lei nº 19.366, que sanciona o tráfico ilícito de estupefacientes e substancias psicotrópicas, establece un comiso ampliado só para o seu ámbito de protección.

e) Costa Rica. Mentres non se aprobe o proxecto legal de extinción de dominio, o artigo 110 do Código penal establece un réxime de perda a favor do Estado das cousas ou valores procedentes da realización do delito. O réxime cautelar de embargo cautelar establécese nos artigos 263 e 264 do Código procesal penal. Finalmente, o artigo 33 da Lei 8204 de 2001 refírese á distribución de bens confiscados ou caídos en comiso.

f) Panamá. Os artigos 252 a 263 do Código procesal penal establecen a aprehensión provisional de activos do delito, o secuestro destes durante a tramitación do procedemento e o alleamento provisional dos bens.

g) Paraguai. O artigo 86 do Código penal establece o comiso dos efectos do delito, admitíndose determinadas formas de comisos nos artigos 91 (comiso por valor equivalente ou especial do valor substitutivo) e 94 (comiso especial extensivo ou ampliado). Á marxe, existen outras formas de comisos ou conxelacións en materias como financiamento do terrorismo, tráfico de drogas e lavado de activos.

h) Uruguai. O artigo 62 da Lei 14.294 de estupefacientes, modificado pola Lei 18.494, establece o sistema de comiso e de medidas cautelares para o seu aseguramento.

Así pois, existe un grupo de países en que se establece un sistema de comiso penal, que nalgúns casos é ampliado, aínda que cun réxime de administración cautelar dos bens que depende en exclusiva da resolución xudicial.

3.2 O sistema de perda ou extinción do dominio

O modelo de comisos civís ten a súa orixe nos dereitos anglosaxóns, adoitando mencionarse como precedente as normas de contrabando que desde o século XVII se ditaron en Inglaterra para dirixir as accións contra os barcos ao servizo da infracción por non se ter podido localizar o seu dono, nunha tradición xurídica que se reactiva nos Estados Unidos durante os anos de vixencia da *Lei seca* (1920-1933) en relación cos bens dos que a incumprían. Pero é en particular na década de 1980 cando dun xeito decidido se dá un impulso lexislativo nesta dirección, en especial a través da *Comprehensive Crime Control Act* de 1984 e a reforma en 1986 da *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* de 1970, no marco da denominada Guerra contra a Droga. Na actualidade, a *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) de 2000, reformada pola *Patriot Act* de 2001, é a norma que configura o eixe central do sistema norteamericano. Á parte da lexislación federal, o marco normativo norteamericano complétase coas lexislacións dos Estados federados, ademais das normas emanadas por distintas entidades locais. Para comprender a operatividade desta normativa, debe partirse do feito de que o procedemento penal norteamericano se circunscribe á decisión de culpabilidade e á imposición dunha sanción, sen alcanzar as consecuencias civís derivadas dos feitos criminais. Como excepción, o comiso penal ou *criminal forfeiture* resólvese con posterioridade a unha sentenza condenatoria en relación cos bens que son obxecto ou produto de determinados delitos.

Neste contexto, o *civil forfeiture* ou extinción de dominio establecido na CAFRA, ademais doutras moitas normas, enténdese dentro do marco propio dos sistemas xurídicos anglosaxóns, de maneira que se configura a través dunha acción *in rem* dirixida pola autoridade competente en cada caso contra a cousa mesma en supostos dunha vinculación concreta con determinadas formas de delincuencia, obrigando o posuidor a xustificar un dominio pleno e lexítimo a través

da súa reclamación dentro do procedemento. En determinados casos de ausencia de parte que reclame a titularidade do ben, a adxudicación do ben resólvese administrativamente a través dun procedemento simplificado¹¹.

En todos os casos, os bens destínanse a fondos especiais, normalmente xestionados polas unidades encargadas da persecución do delito, que atopan nestas accións civís unha forma cómoda de financiamento, en constante crecemento nos últimos anos. As críticas ao sistema centráronse na desigual carga probatoria asignada ao Estado e ao posuidor, a tramitación nun procedemento civil sen xustiza gratuíta en prexuízo das rendas máis baixas ou a falta de transparencia ou o mal uso dos bens recuperados polos adxudicatarios¹².

Algúns Estados americanos de fala hispana, principalmente en América Central, acolléronse a esta acción denominada segundo os casos perda ou extinción de dominio, xeralmente establecida en leis especiais que regulan a institución nos aspectos substantivos e procesuais e que é preciso conectar coas regras cautelares establecidas na lexislación procesual e no propio comiso sancionado no Código penal.

A primeira norma ao respecto prodúcese en Colombia en 1996 e ten a súa base constitucional no artigo 58 da Constitución colombiana¹³. Con posterioridade sucedéronse dous réximes xurídicos, o primeiro é a Lei 793, do 27 de decembro de 2002, de extinción de dominio, modificada pola Lei 1453/2011, que establecía un réxime derivado da vinculación dos bens con accións criminais, o monopolio da acción por parte do Ministerio Público e un limitado termo de 30 días de prazo probatorio. Na actualidade, a Lei 1708/2014, a través da cal se expide o Código de extinción de dominio, establece un réxime en que o fundamento da acción se basea na función social da propiedade ante a falta de xustificación dunha forma lícita de adquisición por parte de quen aparece como titular dun dereito real¹⁴. A práctica determinou unha importante fonte de ingresos para o Estado a través de accións dirixidas a estrangular a economía dos integrantes de organizacións criminais e os que no exercicio das súas profesións ou oficios prestaron servizo destes. No demais, hai que mencionar que o artigo 83 do Código procesual penal de 2004 establece un comiso ampliado en función do cal os bens pasan a ser xestionados pola Fiscalía Xeral a través do Fondo Especial de Administración de Bens, creado pola Lei 785 de 2002, e que o artigo 100 do Código penal determina o comiso como consecuencia do delito en relación cos instrumentos e efectos con que se cometera a conduta punible ou proveñan da súa execución, acordándose a súa adxudicación á Fiscalía Xeneral da Nación. A última reforma a esta norma prodúcese a través da Lei 1849 do 17 de xullo de 2017.

En México é o artigo 22 da Constitución dos Estados Unidos Mexicanos, emendado en 2008, o que establece a necesidade dunha regulación especial na materia¹⁵. O complexo réxime xurídico mexicano determinou que existan unha lei federal e catorce dos estados federados. A lei federal data de 2009 e os seus principais caracteres derivan da lectura dos seus artigos 5 e 10, que determinan que a acción se exercerá mesmo cando non se concretase a responsabilidade penal, e procederá nos casos de delincuencia organizada, delitos contra a saúde, secuestro, roubo de vehículos e trata de persoas, respecto dos bens que sexan instrumento, obxecto ou produto do delito, mesmo cando non se dite a sentenza que determine a responsabilidade penal. Por outra banda, defínese como unha acción de carácter real, de contido patrimonial, e procederá sobre calquera ben, independentemente de quen o teña no seu poder, ou o adquirise¹⁶. No demais, a acción lévase a cabo mediante un procedemento xurisdiccional de natureza civil. Para rematar, hai que sinalar que o artigo 24 do Código penal federal establece o comiso dos bens procedentes

do delito e que os artigos 182 q, 229 a 251 e 452 do Código federal de procedementos penais conteñen normas que cómpre relacionar co réxime xurídico especial.

No ámbito centroamericano, son distintas as normas emanadas, xeralmente seguindo o réxime marcado pola Lei modelo proposta pola UNODC¹⁷. No Salvador debe citarse a Lei especial de extinción de dominio e da administración dos bens de orixe ilícita, aprobada polo Decreto 534, do 7 de novembro de 2013, que crea uns tribunais especializados na materia¹⁸. Ademais, os artigos 287 e 500 do Código procesual penal establecen normas que deben combinarse con este réxime xurídico especial. Tamén poden citarse o artigo 4 da Lei de proscrición de *maras*, cuadrillas, agrupacións, asociacións e organizacións de carácter criminal e o artigo 25 da Lei contra o lavado de diñeiro e activos.

En Guatemala rexe a Lei 55-2010, de extinción de dominio, establecéndose no artigo 60 do Código penal o comiso dos efectos procedentes do delito. E en Honduras a materia establécese na Lei sobre privación definitiva do dominio de bens de orixe ilícita de 2010, cuxo artigo 11 se refire a bens que ou proceden de actividades criminais, ou se adquiren sen xustificación, ou se atopan abandonados.

No Perú, a materia réxese polo Decreto legislativo 992, do 21 de xullo de 2007, modificado pola Lei número 29212 no ano 2008, que establece un réxime causal que limita a acción aos supostos de procedencia ilícita do ben en función da súa orixe delituosa¹⁹. Como contraste, nos casos de delincuencia organizada, o artigo 10 do Decreto legislativo n.º 1106, de loita eficaz contra o lavado de activos e outros delitos relacionados coa minaría ilegal e o crime organizado, establece o comiso do diñeiro, bens, efectos ou ganancias involucrados, con remisión ao artigo 102 do Código penal, de maneira que neste caso existe un dobre réxime xurídico, penal e civil.

Finalmente, os parlamentos de Costa Rica, Panamá e Arxentina²⁰ tramitaron sen aprobación ou atópanse pendentes proxectos legislativos na materia. A modo de precisión, en Costa Rica, a Lei contra a delincuencia organizada 8758, de 2008, regula nos seus artigos 19 e 20 un procedemento análogo, denominado de causa de patrimonio ante capitais emerxentes, que parte dunha denuncia do ministerio público e outras institucións ante o Xulgado Civil de Facenda de Asuntos Sumarios, acerca do capital sen causa lícita.

Recapitulando as notas anteriores, a natureza xurídica da acción de perda ou extinción de dominio responde ás seguintes notas:

a) Trátase dunha acción que debe formularse ante un órgano xurisdiccional distinto do penal, xeralmente civil.

b) A acción é real, é dicir, ten relación cun ben moble ou inmobile e está dirixida a privar unha persoa do seu dominio pleno ou relativo a calquera outro dereito real sobre o obxecto. Desta forma, a acción formúlase en termos que non quedan limitados polos principios penais como a irretroactividade da lei penal e sobre unha pretensión de non quedar circunscrita á localización do ben no territorio nacional do lugar en que se atopa o obxecto.

c) É autónoma do delito e do procedemento penal existente ou inexistente en relación con el. Neste punto, a lexislación comparada evolucionou da vinculación directa con todos ou un grupo de delitos á espiritualización deste para comprender os bens cuxa adquisición se produza dun xeito non xustificable polo seu titular ou, mesmo, é capaz de ser utilizada en relación coas cousas abandonadas.

d) A privación do dominio ten como consecuencia a adxudicación ao Estado sen contraprestación pola súa parte, e neste sentido a lexitimación activa atribúese ao ministerio público respectivo.

e) O procedemento adoita ter un sistema de prazos curtos e un réxime probatorio que determina a atribución da proba do dominio á persoa demandada, con regulación das regras de boa fe en relación con terceiros alleos á actividade ilícita, se é o caso.

A implantación desta lexislación trouxo consigo críticas en relación coa súa vinculación con dous principios constitucionais: o primeiro, o dereito á propiedade privada sen admisión da confiscación, e o segundo, o dereito á presunción de inocencia. Certamente, o feito de que o obxectivo expreso destas leis sexa o combate da criminalidade organizada, que o coñecemento por parte do ministerio público derive xeralmente dunha investigación penal sen a posible intervención do demandado e que a acción se vincule cun delito sitúa o posuidor nunha posición probatoria menos exixente da que se reserva os autores dos delitos. En todo caso, estes enfoques resolvéronse de xeito diferente, en todos os casos para eliminar as dúbidas de constitucionalidade.

Por outra banda, aínda que a acción se formula de xeito autónomo ao delito e con iso se resolven os problemas de prexudicialidade, a vinculación con supostos penais presenta outra serie de situacións de compatibilidade co propio proceso penal que se poida estar a xerar. En efecto, nalgúns supostos a posesión dos bens pode derivar dalgún delito como o de lavado de diñeiro ou outros activos, que é como se vén denominando en case toda a rexión o branqueo de capitais. Neste sentido, poden xurdir situacións de suxeición dos bens a medidas cautelares reais adoptadas no procedemento penal ou de adopción na sentenza penal do comiso dos bens. E, en calquera dos casos, resulta necesario en relación cos bens mobles establecer un réxime de cautelaridade e administración dos bens para evitar que o seu traslado, destrución ou ocultación dificulten a súa eficacia.

Aínda que a acción de extinción de dominio se formula como admisible con bens radicados no estranxeiro, a eficacia dunha sentenza que declare que o dominio pertenza ao Estado en que exerza a súa xurisdición o tribunal sentenciador ten distintos problemas para ser eficaz. En primeiro termo, porque ao tratarse de accións civís imposibilita a transmisión da súa resolución a través do marco convencional internacional en materia penal, avocando á pretensión de exequátur no tribunal do lugar en que se atopen os bens. En segundo termo e consecuencia do anterior, porque as leis de distintos Estados reservan para os seus propios tribunais a xurisdición exclusiva para resolver o exercicio de accións civís relativas a bens inmoebles situados no seu territorio, de maneira que fan inviable calquera pretensión de execución, e iso sen ter en conta os supostos en que a posible rebeldía do demandado impida a súa eficacia de acordo coa lexislación do Estado de execución. En terceiro lugar, e en relación cos bens mobles, é posible que o seu doado traslado ao estranxeiro frustrase calquera indicio de eficacia se non se atopan inmovilizados cautelarmente, como sucederá en casos de coñecemento de vehículos, buques ou contas correntes a través da investigación penal desenvolvida. En cuarto lugar, non é en absoluto descartable que se produzan resolucións de tribunais de diferentes xurisdicións que lles atribúan aos seus respectivos Estados a titularidade dun mesmo ben. Como consecuencia, na práctica a titularidade dun ben por parte de quen desenvolve unha actividade criminal nun Estado A respecto de bens que se atopan nun Estado B exixirá unha demanda neste mesmo a formular por unha autoridade distinta. Non obstante, en ausencia dun convenio que facilite a transmisión das resolucións por outra vía para os efectos de recoñecer a súa eficacia ou da información que permita que outro ministerio público formule a favor do seu Estado unha demanda homóloga, a loita contra a transnacionalidade da delincuencia organizada queda limitada. Sen lugar a dúbidas, é preciso adoptar convenios internacionais que resolvan situacións como a transmisión da información ou as resolucións aos efectos da súa admisibilidade, establezan medidas que permitan que os bens mobles cuxa

existencia é coñecida nun Estado pola súa vinculación con supostos de delincuencia organizada poidan ser doadamente localizados para facilitar a súa reclamación ou xestionar a eficacia da resolución que adxudica a un Estado o seu dominio, que estableza, se é o caso, algún tipo de compensación ou repartición dos efectos derivados do delito e que, finalmente pero non de xeito secundario, permita a compatibilidade do sistema con outros sistemas xurídicos como o europeo, en que esta clase de decisións se resolven no marco da xurisdición penal.

Para concluír este apartado, debe afirmarse que as accións civís de perda ou extinción de dominio despregan unha forza incontestable na orde interna dos Estados, pero poden presentar problemas de execución cando se trata de que as resolucións crucen as fronteiras.

3.3 A necesaria compatibilidade entre ambos os dous sistemas

Postas así as cousas, os sistemas coinciden plenamente no comiso, segundo cada lexislación, dos bens e efectos procedentes do delito, xa sexa concibidos como pena ou como consecuencia accesoria do delito. No entanto, difiren na natureza da acción para outra clase de bens, isto é, os supostos de valor equivalente, ampliados ou vinculados coa intervención de terceiros non partícipes do delito, pois mentres que nuns casos o réxime é enteiramente penal na acción, a xurisdición e o procedemento, noutros é civil.

Con todo, coinciden en varios aspectos, a saber, que a súa determinación deriva dunha investigación penal, o único lexitimado é o ministerio público, a consecuencia é a adxudicación a favor do Estado sen contraprestación pola súa parte, o fundamento da norma é a loita contra a criminalidade organizada e, con excepción de determinadas accións de enriquecemento inxustificadas no réxime civil, o fundamento da medida é a existencia dunha acción propia desta forma de delincuencia.

Non obstante, a diferenza na xurisdición e na natureza da medida trae consigo unha diferenza fundamental para lograr a eficacia transfronteiriza dos bens, ao determinar vías distintas de execución. Mentres que as resolucións ditadas polos organismos penais poden ser transmitidas a través das canles convencionais existentes para a cooperación xudicial en materia penal e poden ser executadas salvo que existan razóns de non execución, con carácter xeral, no caso das resolucións civís, a execución debe realizarse empregando as canles habituais para esta xurisdición, isto é, a través do sistema de exequátur, a salvo da existencia de convenios, ata agora inexistentes no ámbito multilateral, que faciliten a súa execución dun xeito privilexiado e a través de comunicación directa entre as autoridades xudiciais. Isto é, o Estado que adquiriu o dominio debe solicitar como suxeito ordinario de dereito a execución da sentenza no Estado en que se atopen os bens e esperar a resolución que autoriza a súa execución. Tan só se existe un convenio que facilite a execución pode obter unha vía cando menos equiparable á prevista para a execución penal.

3.4 Unha necesidade en común: a xestión transitoria dos bens

Un último aspecto a considerar refírese á xestión dos bens durante a tramitación dos procedementos penais. Tras a aprobación da Convención de Viena en materia de substancias psicotrópicas de 1988, cuxo artigo 5 regula o comiso, estendeuse nos dereitos dos Estados un sistema de xestión dos bens incautados a través da súa cesión para a súa utilización por parte das unidades policiais encargadas da investigación criminal. A outra alternativa é a inmovilización, depósito e almacenamento dos bens incautados, coa súa conseguinte perda. A solución á xestión é sinxela se imaxinamos a incautación dun vehículo de motor, de maneira que a opción consiste na súa cesión teórica para a investigación ou ben o seu almacenamento mentres perde paulatinamente

o seu valor. Non obstante, nin estas solucións son as mellores nin a realidade é tan sinxela se pensamos en casos derivados da localización de avións, cabalos de carreiras ou establecementos mercantís, que requiren unha xestión moito máis complexa.

A solución actual pasa por unha xestión dos bens a través de oficinas públicas e a través de técnicas de xestión tendentes a un alleamento temperán para a súa capitalización, de maneira que por un lado os bens non se perden pola falta de uso e polo outro o sector público adquire a posibilidade de xestionar bens en efectivo.

No contexto comunitario europeo créanse nos Estados oficinas de recuperación de activos en virtude da Decisión 2007/845/JAI do Consello sobre cooperación entre os organismos de recuperación de activos dos países da UE no ámbito do seguimento e a identificación de produtos do delito ou doutros bens relacionados co delito, afectada pola xa mencionada Directiva 2014/42/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 3 de abril de 2014, sobre o embargo e o comiso dos instrumentos e do produto do delito na Unión Europea. Pola súa parte, en Iberoamérica, algúns Estados contan con institucións dedicadas á xestión dos bens, caso da Dirección de Rexistro, Control e Administración de Bens Incautados de Bolivia; do Fondo Especial de Administración de Bens da Fiscalía Xeral de Colombia; da Comisión Nacional de Bens Incautados do Perú; da Oficina de Administración de Bens Incautados de Honduras; do Instituto Costarricense sobre Drogas; e do Servizo de Administración e Alleamento de Bens da Secretaría de Facenda e Crédito Público dos Estados Unidos Mexicanos. Segundo os Estados, as oficinas dependen dos ministerios públicos ou da Administración.

Nestes casos, son unidades vinculadas nalgúns Estados aos propios ministerios públicos e noutros á Administración que xestionan os bens, procurando normalmente o seu alleamento temperán e logo da valoración técnica dos custos de mantemento. Agora ben, o marco administrativo exige unha coordinación non sempre clara coa normativa procesual relativa ás medidas cautelares que se establezan sobre os bens, sexa en forma de secuestro (mantendo a posesión inalterada) ou de embargo (con inmovilización dos bens). Do mesmo xeito, o réxime de alleamento exige un ponderado respecto dos dereitos de terceiros de boa fe.

3.5 Os espazos esquecidos: os paraísos fiscais e os paraísos institucionais

Sen dúbida, o control do tamaño da delincuencia vai moito máis alá da privación de bens tanxibles, mobles ou inmoables, na medida en que os grandes beneficios se ocultan e transfírense aproveitando as inmensas posibilidades que ofrece o sistema financeiro internacional. A práctica xudicial de calquera nación permite atopar supostos de constitución de sociedades ou outras formas sociais, como os trusts ou fideicomisos, de utilización de formas sociais previamente constituídas con anterioridade para outros fins lexítimos, ou ben o emprego de contas constituídas en entidades financeiras en paraísos fiscais nas que ingresar directa ou indirectamente diñeiro. Por paraísos fiscais enténdese algúns territorios que non necesariamente constitúen Estados soberanos que ofrecen facilidades para a recepción de capitais estranxeiros e que, polo tanto, resultan atractivos para a realización de operacións xurídicas e financeiras lexítimas ao abeiro das cales se realizan outras ilexítimas. En común presentan as seguintes notas:

- a) Presenza de estruturas políticas, administrativas e financeiras estables, susceptibles de xerar seguridade xurídica e económica nos consumidores.
- b) Desregulación do sistema bancario.

c) Desproporción entre a estrutura estatal co tamaño do sistema financeiro, do que resulta incapacidade de control.

d) Segredo bancario protexido.

e) Asentamento de axentes intermediarios autorizados que en ocasións resultan ser sucursais ou filiais de bancos situados noutros territorios, sociedades comerciais internacionais ou outras formas sociais fiduciarias opacas como os denominados trusts.

f) Fiscalidade inexistente ou reducida.

Empregando estes parámetros, algunhas organizacións estableceron listas de paraísos fiscais que, con leves diferenzas, son coincidentes no substancial²¹.

Nesta operativa, tamén é frecuente que se utilicen sistemas de pantalla a través de sociedades constituídas nun Estado con operacións financeiras desenvolvidas noutros diferentes, de maneira que a investigación e o seguimento se atopan dificultados. En ocasións, estes territorios pertencen a Estados que son parte en convenios que facilitan a cooperación xudicial internacional (Bermudas, as Illas do Canal ou Xibraltar pertencen ao Reino Unido; a Antillas Holandesas, aos Países Baixos; e Delaware ou as Illas Marianas, aos Estados Unidos, por mencionar só algúns), pero atópanse excluídos do seu ámbito; outros espazos soberanos, como Malta, Andorra ou Liechtenstein, son parte en convenios de cooperación internacional; e outros, como Santa Lucía ou Trindade e Tobago, son soberanos pero con pouco interese en ratificar convenios que alteren a súa condición.

En resumidas contas e aínda que se trate dunha afirmación sen dúbida non novidosa, cabe concluír que os paraísos fiscais son un ámbito en que a actividade de institucións internacionais de combate con delito non se despregou dun xeito satisfactorio.

Por outra banda, xunto aos paraísos fiscais coexisten os paraísos institucionais, en ocasións Estados modernos e moi avanzados economicamente que garanten unha aplicación do Estado de dereito pero que ou ben contan con institucións débiles na persecución do delito ou ben establecen trabas á cooperación internacional ou xeran formas sociais que garanten a opacidade de intervenientes e operacións, amparando actividades ilexítimas, máis ou menos residuais, xunto coa xeneralidade das operacións económicas lexítimas e fronte ás cales esta intervención institucional das organizacións internacionais se bota tamén de menos.

4 CONCLUSIÓNS

Como se pode apreciar, o Estado de dereito desprázase a un ritmo máis lento que a delincuencia organizada na súa persecución, aínda que os pasos dados se orientan xeralmente en direccións adecuadas a través das dúas ferramentas fundamentais para combatela no marco internacional: a cooperación entre as autoridades encargadas da súa persecución e a privación dos beneficios do delito para os que interveñen na súa comisión. No primeiro caso, as transformacións sociais e as vantaxes que ofrece a internacionalización da economía requiren que no ámbito internacional se desenvolvan novos instrumentos máis eficaces que os que descansan en exclusiva na estrutura de fronteiras tradicionais dos Estados. No segundo caso, cómpre que os Estados regulen internamente e cooperen internacionalmente para que, como resultado desta actuación, se consiga que os grandes delinquentes traballen para os Estados, se prive a delincuencia dos seus beneficios e que o exemplo sirva para minorar a importancia cuantitativa da gran delincuencia organizada.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Borgers, M. J. 2010. «Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18: 99-114.
- Bridy, A. 2013. «CARPE OMNIA: Civil Forfeiture in the War on Drugs and the War on Piracy», *Arizona State Law Journal*, 43: 684-727.
- Carpenter II, D. M., Knepper, L., Erickson A. C., e McDonald, J. 2015. *Policing for Profit: The Abuse of Civil Asset Forfeiture*. Arlington.
- Colina Ramírez, E. I. 2017. *Ley Federal de Extinción de Dominio: Análisis jurídico-procesal*. México.
- Faraldo Cabana, P. 2013. «Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado», *Revista Penal México*, 5: 35-48.
- Doyle, C. 2015. *Crime and Forfeiture: in short, CRS Report RS22005*. Washington.
- Fichera, M., «Mutual Recognition in Criminal Matters From Its Creation to the New Developments in the Lisbon Treaty (Draft version)», W.A. Martínez **Sánchez** (coord.), *Rethinking the European Union, Exchanging Ideas on Europe 2008, UACES seminar- Edinburgh, UK, 1-3 September 2008*.
- Extinción del derecho de dominio en Colombia. Nuevo código de extinción de dominio colombiano*, Bogotá, 2015.
- Morán Martínez, R.A. 2003. «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de derecho judicial XIII*.
- Müller Creel, O.A. 2009. «La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa», *Criterio Jurídico*, 9-2.
- Pimentel, D. 2012. «Forfeitures Revisited: Bringing Principle To Practice In Federal Court», *Nevada Law Journal*, 13: 1-58.
- Rodríguez-Medel Nieto, C. 2011. «Embargo preventivo y decomiso en la Unión Europea: problemas prácticos», *Estudios Jurídicos*.
- Roma Valdés, A. 2015. «The mutual recognition principle in criminal matters: a review», *ERA Forum*.
- Rojas Liendo, H.W. 2016. *La coordinación entre la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público para la implementación del proceso de pérdida de dominio por el delito de tráfico ilícito de drogas durante el periodo 2010-2014*. Lima.
- Roma Valdés A. 2015. «The mutual recognition principle in criminal matters: a review», *ERA Forum*.
- Santander Abril, G. G. 2017. «La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado», *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, OEA.
- Tobar Torres, J. A. 2014. «Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia», *Civilizar*, 14(26): 17-38.
- Vallas, R.; Ross, T.; Cox, T.; Hagler, J.; e Corriher, B. 2015. *Forfeiting the American Dream. How Civil Asset Forfeiture Exacerbates Hardship for Low-income Communities and Communities of Color*. Washington.
- Vervaele, J. A. E. 2005. «The transnational *ne bis in idem* principle in the EU mutual recognition and equivalent protection of human rights», *Utrecht Law Review*, 1 (2).

NOTAS

- 1 <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/organized-crime.html>
- 2 Trátase dos artigos 2 a 14 da Convención das Nacións Unidas contra a corrupción de 2003; 5 e 6 da Convención das Nacións Unidas contra a delincuencia organizada transnacional de 2001; 3 do Convenio das Nacións Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes e substancias psicotrópicas (Viena, 20 de decembro de 1988); 4 da Convención para a represión do financiamento do terrorismo de 2000; 2 do Convenio internacional contra a toma de reféns; 2 do Convenio sobre prevención e castigo de delitos contra persoas internacionalmente protexidas (Nova York, 14 de decembro de 1973); 3 do Convenio sobre a represión da falsificación de moeda (Xenebra, 20 de abril de 1929); 8.1 e 2 do Convenio contra a tortura e outros tratos ou penas crueis inhumanos ou degradantes (Nova York, 10.12.1984); 2 a 4 do Convenio sobre represión de trata de persoas e explotación da prostitución allea (Lake Success, Nova York, 21 de marzo de 1950). Ademais, hai que mencionar a Convención única sobre as substancias estupefacientes, do 30 de marzo de 1961, con Protocolo do 25 de marzo de 1972; a Convención internacional sobre o opio, do 23 de xaneiro de 1912; a Convención sobre as substancias psicotrópicas, do 21 de febreiro de 1971; a Convención árabe para a loita contra o comercio de droga e substancias psicotrópicas, do 5 de xaneiro de 1971; a Convención sobre a prevención e o castigo de delitos contra persoas internacionalmente protexidas, inclusive os axentes diplomáticos, do 14 de decembro de 1973; o Convenio sobre a marcación de explosivos plásticos para os fins de detección, de 1991; a Convención para a prohibición da limitación de emprego de certas armas clásicas que poden producir traumatismos excesivos de 1980; a Convención sobre ofensas e outros actos cometidos a bordo de aeronaves de 1963; a Convención contra a pirataría aérea de 1970; a Convención sobre certos actos ilícitos contra a seguridade da navegación aérea de 1971; e a Convención de 1988 para a supresión de actos ilícitos na navegación marítima.

- 3 O convenio sobre a loita contra a corrupción de axentes públicos estranxeiros de 1990.
- 4 Aínda que se adoptaron outras convencións con extensión superior ao continente europeo en canto ás ratificacións dos Estados, a máis exitosa neste punto é o Convenio de Budapest sobre cibercriminalidade de 2006.
- 5 En concreto, producíronse as seguintes normas comunitarias: Decisión marco 2002/584/JAI do Consello, do 13 de xuño de 2002, relativa á orde de detención europea e aos procedementos de entrega entre Estados membros (DO L 190 do 18.7.2002); Decisión marco 2003/577/JAI do Consello, do 22 de xullo de 2003, relativa á execución na Unión Europea das resolucións de embargo preventivo de bens e de aseguramento de probas (DO L 196 do 2.8.2003); Decisión marco 2005/214/JAI do Consello, do 24 de febreiro de 2005, relativa á aplicación do principio de recoñecemento mutuo de sancións pecuniarias (DO L 76 do 23.3.2005); Decisión marco 2006/783/JAI do Consello, do 6 de outubro de 2006, relativa á aplicación do principio de recoñecemento mutuo de resolucións de comiso (DO L 328 do 24.11.2006); Decisión marco 2008/675/JAI do Consello, do 24 de xullo de 2008, relativa á consideración das resolucións condenatorias entre os Estados membros da Unión Europea con motivo dun novo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008); Decisión marco 2008/909/JAI do Consello, do 27 de novembro de 2008, relativa á aplicación do principio de recoñecemento mutuo de sentenzas en materia penal polas que se imponen penas ou outras medidas privativas de liberdade para os efectos da súa execución na Unión Europea (DO L 327 do 5.12.2008); Decisión marco 2008/947/JAI do Consello, do 27 de novembro de 2008, relativa á aplicación do principio de recoñecemento mutuo de sentenzas e resolucións de liberdade vixiada con miras á vixilancia das medidas de liberdade vixiada e as penas substitutivas (DO L 337 do 16.12.2008); Decisión marco 2008/978/JAI do Consello, do 18 de decembro de 2008, relativa ao exhorto europeo de obtención de probas para solicitar obxectos, documentos e datos destinados a procedementos en materia penal (DO L 350 do 30.12.2008); Decisión marco 2009/299/JAI do Consello, do 26 de febreiro de 2009, pola que se modifican as decisións marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, destinadas a reforzar os dereitos procesuais das persoas e a propiciar a aplicación do principio de recoñecemento mutuo das resolucións ditadas a partir de xuízos celebrados sen comparecencia do imputado (DO L 81 do 27.3.2009); Decisión marco 2008/315/JAI do Consello, do 26 de febreiro de 2009, relativa á organización e ao contido do intercambio de información dos rexistros de antecedentes penais entre os Estados membros (DO L 93 do 7.4.2009); Decisión marco 2009/948/JAI, do 30 de novembro de 2009, de prevención de conflitos de xurisdición en procedementos penais (DO L 328 do 15.12.2009); Decisión marco 2009/829/JAI do Consello, do 23 de outubro de 2009, relativa á aplicación do principio de recoñecemento mutuo de sentenzas e resolucións de supervisión de medidas alternativas de privación de liberdade (DO 294/20 do 11.11.2009); Directiva 2014/41/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 3 de abril de 2014, relativa á orde europea de investigación en materia penal.
- 6 CP refírese ao respectivo Código penal; En Grecia: Nomos 3028/2002, de protección do patrimonio cultural; En Italia: Decreto lexislativo 22 xennaio 2004, n. 42, en materia di codi dei beni culturali e do paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002; Francia: Code du Patrimoine, actualizado, 2014. Reino Unido: Dealing in Cultural Objects (Offences) Act 2003 para o caso de coñecemento de que os bens teñen algún aspecto corrupto ou *tainted* en inglés; Portugal: Decreto lei n.º 376-A/89, do 25 de outubro, para o caso de alto valor económico do ben. En España, a normativa atópase na Lei de contrabando de 2011.
- 7 O exemplo encontrámolo na apertura da correspondencia, requirida de intervención xudicial en moitos Estados entre os que non se atopa o Reino Unido, onde unicamente a autoridade policial especial do servizo de correos ten esta facultade. Nestas condicións, a apertura de correspondencia solicitada, por exemplo, desde España, será realizada pola policía de correos, para estes efectos a súa autoridade xudicial. No caso particular, a xurisprudencia española outorgoulle validez probatoria a esta apertura de correspondencia, pero a solución pode ser variada na práctica doutros Estados.
- 8 Son os casos do artigo 117 do Código procesual da nación en Arxentina, 148 do Código de procedemento penal de Bolivia, 65 do Código procesual penal de Costa Rica e 282 do Código orgánico da función xudicial de Ecuador. Cómpre mencionar que no ámbito de MERCOSUR se pronunciou un acordo marco entre os Estados da organización e Estados asociados de creación de equipos conxuntos tan só ratificado por Arxentina. Algúns fiscais ou procuradores xerais acordaron a constitución de equipos conxuntos máis alá desta regulación.
- 9 No caso da UNODC, as resolucións 5/3 e 6/3, ademais dun informe en 2017 titulado *Effective management and disposal of seized and confiscated assets*; No marco entre a UNDOC e o Banco Mundial, a iniciativa Stolen Asset Recovery Initiative (STAR), que deu ocasión a distintas guías lexislativas e manuais para os Estados entre 2009 e 2011 tituladas *A good practice guide for non-conviction-based asset forfeiture* (2009); *Towards a global architecture for asset recovery* (2010); *The Asset Recovery Handbook* (2011); *Barriers to Asset Recovery* (2011). *The Management of Returned Assets* (2009); e no marco do G8, unha guía titulada *Best Practices for the Administration of Seized Assets*, de 2005. Dentro do continente americano, a Organización de Estados Americanos adoptou en 2011 un modelo de boas prácticas en relación cos bens cuxa orixe se atopa vinculada con drogas denominado BIDL.
- 10 En relación con estes instrumentos, *vid.* Borgers, 2010; Fichera, 2008; Morán Martínez, 2003; Rodríguez-Medel Nieto, 2011; Roma Valdés, 2015; Vervaele, 2005.
- 11 Doyle, 2015, que tamén desenvolve a súa aplicación polos tribunais, atendendo de xeito especial ás resolucións que afectan á súa constitucionalidade por *bis in idem* e garantías procedementais; Pimentel, 2012; Bridy, 2013.
- 12 Valla *et al.*, 2015, Carpenter *et al.*, 2015.
- 13 Producíronse dúas sentenzas da Corte Constitucional de Colombia, unha primeira do 21 de setembro de 1999 e unha segunda de 2003 coa referencia C-740-03, que define así: "É unha acción autónoma e independente tanto do *ius puniendi* do Estado como do dereito civil. O primeiro, porque non é unha pena que se impón pola comisión dunha conduta punible, senón que procede independentemente do xuízo de culpabilidade de que sexa susceptible o afectado. E o segundo, porque é unha acción que non está motivada por intereses patrimoniais, senón por intereses superiores do Estado. É dicir, a extinción do dominio ilícitamente adquirido non é un instituto que se circunscribe á órbita patrimonial do particular afectado co seu exercicio, pois, lonxe diso, trátase dunha institución asistida por un lexítimo interese público".
- 14 O artigo 16 establece que se declarará extinguido o dominio sobre os bens que se atopen nas seguintes circunstancias:
 1. Os que sexan produto directo ou indirecto dunha actividade ilícita.
 2. Os que correspondan ao obxecto material da actividade ilícita, salvo que a lei dispoña a súa destrución.

3. Os que proveñan da transformación ou conversión parcial ou total, física ou xurídica do produto, instrumentos ou obxecto material de actividades ilícitas.
4. Os que formen parte dun incremento patrimonial non xustificado, cando existan elementos de coñecemento que permitan considerar razoablemente que proveñen de actividades ilícitas.
5. Os que fosen utilizados como medio ou instrumento para a execución de actividades ilícitas.
6. Os que, de acordo coas circunstancias en que foron achados, ou as súas características particulares, permitan establecer que están destinados á execución de actividades ilícitas.
7. Os que constitúan ingresos, rendas, froitos, ganancias e outros beneficios derivados dos anteriores bens.
8. Os de procedencia lícita, utilizados para ocultar bens de procedencia ilícita.
9. Os de procedencia lícita, mesturados material ou xuridicamente con bens de procedencia ilícita.
10. Os de orixe lícita cuxo valor sexa equivalente a calquera dos bens descritos nos numerals anteriores, cando a acción resulte improcedente polo recoñecemento dos dereitos dun terceiro de boa fe exenta de culpa.
11. Os de orixe lícita cuxo valor corresponda ou sexa equivalente ao de bens produto.

Na doutrina, Martínez Sánchez (coord.), 2015; Santander Abril, 2017; Tobar Torres, 2014.

- 15 O artigo 22 da Constitución federal dos estados mexicanos, emendado en 2008: “Non se considerará confiscación de bens a aplicación total ou parcial dos bens dunha persoa feita pola autoridade xudicial, para o pagamento da responsabilidade civil resultante da comisión dun delito, ou para o pagamento de impostos ou multas. Tampouco se considerará confiscación o comiso que ordene a autoridade xudicial dos bens, en caso do enriquecemento ilícito, nos termos do artigo 109, nin o comiso dos bens propiedade do sentenciado, por delitos dos previstos como de delincuencia organizada, ou o daqueles respecto dos cales este se conduza como dono se non acredita a procedencia lexítima dos ditos bens. Queda tamén prohibida a pena de morte por delitos políticos e, en canto a os demais, *só se lle* poderá impor ao traídor á patria en guerra estranxeira, ao parricida, ao homicida con aleivosía, premeditación ou vantaxe, ao incendiario, ao plaxiario, ao salteador de camiños, ao pirata e aos reos de delitos graves da orde militar”. Sobre a materia, pronunciouse a resolución ditada no amparo en revisión 23/2011 da Suprema Corte de Xustiza da Nación.

Na doutrina, *vid.* Colina Ramírez, 2017; Müller Creel, 2009.

- 16 A acción diríxese respecto dos seguintes bens: os que sexan instrumento, obxecto ou produto do delito, sempre que se acredite que se presentou o feito ilícito; os bens que, mesmo sen seren instrumento obxecto ou produto do delito, se tivesen utilizado ou destinado para ocultar ou mesturar bens produto do delito; os que se empregan para a comisión de delitos por un terceiro que non sexa o dono dos bens, cando este tivo coñecemento daquilo e non procurou impedirlo; e os que se atopan a nome de terceiros, sempre e cando se demostre que derivan do produto de delitos patrimoniais ou de delincuencia organizada e o acusado por eses delitos se comportase como dono dos bens mencionados.
- 17 https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf
- 18 De acordo co seu artigo 5, a lei aplícase sobre calquera dos bens que se atopan descritos nos presupostos que dan lugar á extinción de dominio e proveñan de ou se destinen a actividades relacionadas ou conexas ao lavado de diñeiro e activos, ao crime organizado, *maras* ou cuadrillas, agrupacións, asociacións e organizacións de natureza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico e trata de persoas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, da corrupción, delitos relativos á facenda pública e todas as actividades ilícitas que xeren beneficio económico ou outro beneficio de orde material, realizadas de xeito individual, colectivo ou a través de grupos delituosos organizados ou estruturados. Tamén se aplica a todos os bens que constitúan un incremento patrimonial non xustificado cando existan elementos que permitan considerar razoablemente que proveñen de actividades ilícitas.
- 19 Rojas Liendo, 2016.
- 20 No caso arxentino, cómpre mencionar a Lei 20.785. Bens obxecto de secuestro en causas penais. Custodia e disposición, e o Decreto 826/2011 sobre creación do Rexistro Nacional de Bens Secuestrados e Comisados durante o Proceso Penal.
- 21 Listas de organismos internacionais atopámolos en GAFI:

- Informe para identificar os países ou territorios non cooperativos, dirixido a mellorar a eficacia a nivel mundial das medidas de loita contra o branqueo o 5 de abril de 2000.
- *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The fatf recommendations:* <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>

Na Unión Europea pode mencionarse:

- Prevención e control da delincuencia organizada, estratexia da Unión Europea para o comezo do novo milenio (2000/C 124/01).
- Resolución do Parlamento Europeo, do 25 de outubro de 2011, sobre a delincuencia organizada na Unión Europea (2010/2309 (INI)) - (2013/C 131 E/08).
- Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo e ao Consello sobre formas concretas de reforzar a loita contra a fraude fiscal e a evasión fiscal, tamén en relación con países terceiros (COM(2012) 351 final).
- Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre o tema “Paraísos fiscais e financeiros: unha ameaza para o mercado interior da UE” (2012/C 229/02).