

## 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 responsible, 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 una cooperación judicial internacional eficaz. 2.1 La evolución de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados. 2.2 El principio de doble tipificación y la armonización de las leyes penales. 2.3 La necesidad de nuevas formas de cooperación entre los Estados. 3 La privación de bienes como herramienta fundamental. 3.1 La solución en el derecho comunitario: los decomisos penales. 3.2 El sistema de pérdida o extinción del dominio. 3.3 La necesaria compatibilidad entre ambos sistemas. 3.4 Una necesidad en común: la gestión transitoria de los bienes. 3.5 Los espacios olvidados: los paraísos fiscales y los paraísos institucionales. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

Si antes el estudio de una materia exigía leer pausadamente la bibliografía disponible, hoy cualquier información es accesible a golpe de clic: todo es más rápido e inmediato y cualquier desplazamiento de personas, capitales y mercancías es fácil y barato. La sociedad actual es abierta, compleja y rápidamente evolutiva, y los cánones normativos e institucionales de los Estados no se adaptan con facilidad a las nuevas situaciones. Ante las formas de relación social se han extendido formas tradicionales de delincuencia o han surgido nuevos conflictos, algunos de los cuales son resueltos de manera desigual por las legislaciones penales en búsqueda de una no siempre fácil eficacia.

Uno de los principales problemas de los Estados es precisamente afrontar las consecuencias de la delincuencia organizada transnacional. Algunos organismos han tratado de cuantificar económicamente la importancia del crimen organizado y se ha situado en el 1,5 del PIB mundial<sup>1</sup> con fundamento en unos datos difícilmente contrastables cuando se basa en datos obtenidos de aspectos ocultos de la sociedad. No se trata por tanto de asumir esas informaciones, sino de destacar la importancia cualitativa de este fenómeno que ha pasado de centrarse en los grandes tráfico de droga, armas y seres humanos, sea con fines de explotación sexual o laboral, a otras formas delictivas como el cibercrimen, el terrorismo o las redes de corrupción, entre otras variadas formas de ataque a la sociedad o a los propios cimientos del Estado de derecho.

En general, la delincuencia organizada tiene como características fundamentales su complejidad y su carácter transnacional. Su complejidad por cuanto se apoya en las ventajas del sistema económico y se sirve de entramados societarios y contables para funcionar, desplaza tanto mercancías como capitales de manera cada vez más sofisticada y es capaz de atentar masivamente contra personas y Estados. Los entramados delictivos actuales son complejos, cuentan con el apoyo de muchas personas y organizaciones preparadas y, en consecuencia, su investigación, persecución y castigo dista mucho del marco normativo e institucional que los Estados han ido

tejiendo desde el siglo XIX. Y es transnacional en la medida en que los grupos criminales se aprovechan de los límites soberanos de los Estados para operar delictivamente, sea para cometer un delito desde otro Estado (por ejemplo, traficando con un bien prohibido), sea para ocultar, disimular o disfrutar de las ganancias generadas con su actuación.

La delincuencia organizada ha alcanzado tal grado de sofisticación y tamaño que no puede atacarse separadamente en cada Estado, de manera que todas las naciones han extendido una legislación interna cada vez más compleja en la misma medida en que han expandido su marco jurisdiccional para defender la sociedad en que se asientan de los crímenes que se preparan o ejecutan desde otro Estado y han tendido a generar instituciones que procuran adaptarse al ritmo que marca la nueva delincuencia. Sin embargo, el esfuerzo separado de las naciones es baldío y exige nuevas estrategias que en esencia son dos, a saber, la creación de nuevos espacios de cooperación entre las respectivas autoridades y la privación de los beneficios del delito para sus autores. Estos dos aspectos son los que se tratan a continuación.

El abordaje de la materia indicada en el título requiere una comparación de sistemas jurídicos e institucionales y un enfoque decididamente transnacional. Por lo tanto, se va a establecer una permanente comparación entre el sistema comunitario europeo con los distintos sistemas presentes en una región global tan importante como la iberoamericana.

## **2 BASES PARA UNA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EFICAZ**

### **2.1 La evolución de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados**

La cooperación entre los Estados ha experimentado una importante pero insuficiente y desigual evolución en los últimos años. Las legislaciones internas dedicaban un amplio espacio a la extradición como forma de cooperación entre Estados. Sin embargo, la extradición es un instituto que se explica por la existencia de fronteras amuralladas en el pasado, de manera que la solicitud de entrega de un sujeto se conforma como un aspecto vinculado a la soberanía que implica la decisión final de una autoridad política dentro de un marco normativo que incluye una intervención de las autoridades judiciales. El vigente artículo 824 de la Ley de enjuiciamiento criminal española, vigente desde 1882, expresa esta concepción al prescribir que “sólo podrá pedirse o proponerse la extradición: 1.º De los españoles que, habiendo delinquido en España, se hayan refugiado en país extranjero. 2.º De los españoles que, habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país diferente de aquel en que delinquieron. 3.º De los extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo”. Así eran y siguen siendo, con algunas diferencias, las leyes de todos los Estados.

En la actualidad, por el contrario, ha ganado una presencia (bien es cierto que escasa) en la legislación interna y sobre todo en los tratados internacionales la figura de la cooperación internacional con miras a la obtención de material probatorio o a la práctica de distintas clases de diligencias, de manera que un juez de un Estado A pide la asistencia de la autoridad que corresponda de un Estado B a través de un mecanismo que se funda en el principio de confianza mutua entre los Estados, base de la firma y ratificación de convenios internacionales. Al igual que la extradición, la forma que los convenios internacionales existentes en la actualidad vienen descansando en la centralización de los actos de comunicación entre las autoridades judiciales

de los distintos Estados en las autoridades centrales designadas por el poder político tanto como forma de gestión tanto como de control.

Puestas así las cosas, la cooperación judicial entre Estados se establece sobre un sistema en el que una autoridad judicial independiente o, cuando menos, autónoma, como los ministerios públicos, remite un ruego a otra autoridad judicial de otro Estado soberano a través de una comunicación escrita que debe pasar sucesivos pasos en los que el protagonismo recae en la supervisión de una autoridad administrativa. En su concepción tradicional, para que una carta o comisión rogatoria cruce una frontera, deberá ser conocida, registrada y transmitida por dos autoridades centrales cuando menos, más el tiempo de traducción. Bien es verdad que el mecanismo de la cooperación judicial internacional ha evolucionado para incrementar los actos de cooperación, en particular dentro de Europa.

## **2.2 El principio de doble tipificación y la armonización de las leyes penales**

Particularmente en el ámbito extracomunitario, tanto en la extradición como en la cooperación judicial internacional, tiene una importancia nada desdeñable un principio común, el de doble tipificación, que sujeta el cumplimiento de lo solicitado por una autoridad extranjera a que los hechos susceptibles de enjuiciamiento o de cumplimiento de la pena se encuentren castigados en ambos Estados. Por esta razón, diferentes organizaciones han propiciado o auspiciado la firma de convenciones internacionales promoviendo la inclusión en el derecho de los Estados de determinadas formas de delincuencia. En el caso de la ONU se han producido convenciones con distintos contenidos que, además de proponer una tipificación uniforme, han abierto la vía para que los Estados las comprendan como tratados de cooperación judicial o de extradición en una técnica de derecho blando<sup>2</sup>. Y no es el único ámbito con una pretensión globalizadora: otras organizaciones, como la OCDE<sup>3</sup> y el Consejo de Europa<sup>4</sup>, se han abierto a la firma de convenios ratificados en diferentes continentes.

De manera paralela, en algunos ámbitos regionales se han producido formas de armonización legislativa penal; así, además de la Unión Europea, puede mencionarse el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que agrupa Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. En ambos ámbitos, pero con diferencias técnicas importantes, se ha procurado equiparar la redacción de los tipos penales de manera que la cooperación entre los Estados sea más fácil y las sociedades resulten mejor protegidas.

Uno de los ejemplos más palmarios de dificultad lo encontramos en el tráfico ilícito de bienes culturales. En concreto, todas las normas comunitarias que establecen el deber de los Estados de incorporar en su respectivo ordenamiento interno el sistema de cooperación judicial en materia penal de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo exigen del principio de doble tipificación un conjunto de treinta y dos infracciones por considerarlas comunes en todos ellos, y una de ellas es el tráfico ilícito de bienes culturales<sup>5</sup>. Sin embargo, entender qué se comprende por tráfico ilícito y hasta dónde alcanza la protección cultural del bien varía de uno a otro Estado. Dejando de lado el aspecto cultural, el ámbito del tráfico puede referirse a conductas como la exportación, la importación o la posesión o el comercio ilegal interno. En el siguiente cuadro se encuentra una comparación de los regímenes jurídicos en Europa<sup>6</sup>:

	Exportación	Importación	Comercio interno
Alemania	L. 2007	L. 2007	
Austria	CP		
Chipre	CP		
Croacia	325 CP		
Francia	L 114-1 y 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
Rumanía	416 CP		
Polonia	CP		
Portugal	21, 23 DL 89	22, 23 DL 89	

La lectura permite deducir que de los actuales veintiocho Estados sólo dieciocho prevén una regulación al respecto, diecisiete de ellos estableciendo de manera expresa una sanción penal para la exportación y tres de ellos para la importación de bienes culturales. El mismo ejercicio puede establecerse en Iberoamérica, de acuerdo con la tabla siguiente:

	Exportación	Importación	Comercio interno	Poseción
Argentina	49 L 25743	49 L 25743	48 L 25743	
Bolivia	223 CP			
Colombia	L. especial			
Ecuador	415 CP		415 CP	
El 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			

Por lo tanto, nada sancionan al respecto las legislaciones de Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, mientras que once Estados castigan la exportación, dos la importación, seis el comercio no autorizado y dos de ellos, al igual que Grecia, la posesión de bienes culturales. El resultado de ambos cuadros se traduce en una falta de determinación de qué debe entenderse por tráfico ilícito, en particular para casos distintos

de la exportación de bienes culturales, y este aspecto puede condicionar decididamente la cooperación entre los Estados.

Y no es el único caso supuesto delictivo que plantea problemas. Algunas figuras penales son novedosas y se explican en gran medida por las tensiones que genera el comercio internacional, que alcanzan de manera muy desigual a los Estados y que pueden presentar serios inconvenientes de armonización legislativa. Es el caso del delito de minería ilegal, contemplado de manera expresa en las leyes penales de Chile, Colombia, Ecuador o Perú y que podría alcanzar la categoría delictiva en otros Estados en la medida en que la actividad llegase a producir daños medioambientales en otros Estados. O el de tráfico de órganos, tratado de manera muy desigual y que en escasas ocasiones prevé el supuesto de turismo con miras al trasplante al que se refiere el Convenio de Santiago de Compostela del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos de marzo de 2015.

La estrategia fundamental de armonización legislativa se ha centrado en castigar dos formas delictivas que se alejan del resultado antijurídico central y apuntan a la línea de flotación de las organizaciones: el delito de asociación u organización criminal y el delito de blanqueo o lavado de activos. El primero tiende a la sanción de la creación, dirección o pertenencia a una organización criminal y los Estados signatarios de la Convención de Palermo, que son todos o casi todos los del mundo, la han debido incorporar a sus ordenamientos internos, en el caso español a través de un delito especial y autónomo de organización y grupo criminal en los artículos 570 bis y ss. CP, que debe combinarse con distintas agravaciones específicas de una manera muy poco practicable a los efectos de determinar la penalidad en concreto. En América, algunas leyes sancionan la asociación ilegal, casos de Argentina (210, 210 bis CP, si bien la jurisprudencia ha configurado este delito como una forma preparatoria de otros, exigiendo un resultado delictivo diferente), Chile (292 ss. CP), Costa Rica (281 CP), Ecuador (369 CP), El Salvador (345 CP), México (164, 164 bis CP) y Nicaragua (392 CP). En el caso del Perú, se castiga tanto la asociación ilícita (317, 317 CP) como diferentes formas de agravación específica, mientras que en el Brasil se castiga la pertenencia a pandilla o banda (288, 288 a CP).

Por su parte, el delito de blanqueo (como es conocido en España y Panamá) o lavado (denominación común en casi toda Iberoamérica) de dinero, capitales o activos tiende a privar de beneficios a los partícipes del delito y de quienes con ellos cooperan. El castigo, que deriva de las distintas convenciones internacionales ratificadas en el marco de la UNODC, tiene en el caso europeo un tratamiento mucho más concreto y es una herramienta fundamental para el combate del crimen organizado. Sin embargo, algunas naciones castigan cualquier acción de legitimación de capital delictivo (España, 301 CP; Argentina, 305 CP; Colombia, 323 CP; Ecuador, 289 CP; México, Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita de 2012; Nicaragua, Norma para la prevención de lavado de dinero y otros activos de 2002; Perú, Ley 27765, de 2002), mientras que en otras legislaciones la sanción se reserva para los casos de legitimación de capitales que proceden de formas concretas de delincuencia (Brasil, artículo 1 de la L. 9.613, de 1998; Chile, 27 L. 19.913, de 2003; El Salvador, Ley 498, de 1998), dejando fuera los casos de procedencia de otras formas delictivas, o bien le otorgan un tratamiento procesal o institucional diferente en función de la forma de delincuencia asociada a la actividad delictiva (Bolivia, Ley 913, de 2017). En estos casos de distinto tratamiento en función de la clase de delincuencia, el funcionamiento del sistema represor siempre irá lastrado en los casos frecuentes en la práctica de detección de una actuación propia del blanqueo en que el origen del capital ilegal no puede determinarse *a priori*.

## 2.3 La necesidad de nuevas formas de cooperación entre los Estados

A pesar de las dificultades apuntadas, es justo reconocer que el sistema de cooperación entre Estados funciona. Sin embargo, cabe mencionar que las formas de cooperación deben evolucionar si pretender ser eficientes y superar los viejos límites fronterizos. En particular, las formas de cooperación judicial no pueden quedar limitadas a una petición en forma de comisión rogatoria transmitida a través de autoridades administrativas y a cumplimentar de acuerdo con un marco probatorio particular y distinto de aquel para el que ha de servir. Con otras palabras, si la autoridad judicial (normalmente el ministerio público correspondiente) de un Estado A solicita una diligencia del Estado B, la autoridad judicial de este Estado la practicará de acuerdo con las exigencias y estándares probatorios que le son propios, que pueden ser inferiores a los del Estado requirente, pudiendo frustrar la eficacia del material probatorio obtenido<sup>7</sup>.

En el caso de la Unión Europea, la comunicación de las autoridades judiciales es directa sin intervención gubernativa, con la consiguiente ganancia en celeridad en la ejecución, y las autoridades judiciales (en la fase previa los ministerios públicos con la extraña excepción española) ejecutarán lo solicitado de acuerdo con las previsiones de la autoridad requirente, algo lógico ya que es en este Estado donde habrán de surtir efectos. De la misma manera y dentro de este ámbito comunitario, se ha flexibilizado la intervención de los Estados al autorizar que los Estados puedan desarrollar directamente en otros Estados actos jurisdiccionales (citaciones, notificaciones o intervenciones telefónicas) de manera que las peticiones jurisdiccionales se reservan para los supuestos de verdadera importancia y en nada se resiente la soberanía de un Estado porque un ciudadano ubicado en su territorio reciba por correo una notificación de una autoridad extranjera.

Finalmente, se ha institucionalizado la relación jurídica con instrumentos de coordinación como la Red Judicial Europea o EUROJUST y se han incorporado técnicas nuevas de cooperación internacional cuya exposición excede del ámbito de este trabajo, a la vez que técnicas de prevención y resolución de conflictos jurisdiccionales.

Una de las formas de cooperación más eficaces la encontramos en la constitución de equipos conjuntos de investigación entre las autoridades de distintos Estados. Aunque algunos convenios en el marco de la ONU admiten determinadas formas de investigación encubierta y actuaciones combinadas entre los Estados, en modo alguno profundizan en esta forma de coordinación de las autoridades fiscales y judiciales. En el caso de la Unión Europea, la materia se rige a través de la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo sobre equipos conjuntos de investigación, creados en coordinación con EUROJUST, siempre que resulte precisa una actuación coordinada y concertada de al menos dos Estados miembros y a través del acuerdo de las autoridades competentes en el que se concreten los procedimientos a seguir por el equipo. Entre las ventajas del sistema puede mencionarse que tanto la información como el material probatorio se transmiten sin las formalidades que implica el sistema de cooperación judicial tradicional.

Por su parte, algunas leyes iberoamericanas contienen la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación por acuerdo de quienes encabezan los ministerios públicos; sin embargo, no regulan su formación y contenido<sup>8</sup>.

### 3 LA PRIVACIÓN DE BIENES COMO HERRAMIENTA FUNDAMENTAL

La forma más efectiva de combatir la gran criminalidad es, sin duda, frustrar las vías de financiación de sus actividades y estrangular los beneficios económicos de sus autores. Los convenios internacionales citados con anterioridad apuntan directamente a esta medida y las legislaciones de los Estados han realizado avances desiguales al respecto. Desde organizaciones como la UNODC, el GAFI, el G20 o la Unión Europea se ha planteado un rosario de guías, recomendaciones y resoluciones de distinto alcance intentando que se adopten medidas para privar los beneficios de las organizaciones criminales de acuerdo con el propio ordenamiento jurídico interno, así como medidas para procurar una gestión cautelar de estos<sup>9</sup>.

En este punto, hay que destacar que en la práctica comparada se han planteado desde dos sistemas diferentes, pues mientras en algunos Estados se acude a medidas accesorias al delito en el marco del ordenamiento penal mediante el comiso o decomiso de los bienes, en otros se siguen acciones propiamente civiles.

La finalidad de los bienes puede consistir en la entrega al Estado para su inclusión en los presupuestos generales, la adjudicación a fondos especiales de lucha contra determinadas formas de delito o de prevención de su futura aparición, la puesta a disposición de una autoridad pública, sea policía o ministerio público, la compensación de las víctimas o la reutilización social. Todas estas formas de gestión son adecuadas y variables en función de la importancia del delito y de sus efectos en cada sociedad, y requieren para su buen funcionamiento y la propia credibilidad del sistema en la sociedad explicación de su funcionamiento y transparencia y buenas prácticas en su gestión. Todas ellas parten, empero, de la necesidad de privar de los bienes a quienes infringen las normas esenciales de la comunidad.

En las líneas que siguen se exponen las características de dos modelos contrastados, el comunitario y el seguido en diversas naciones iberoamericanas.

#### 3.1 La solución en el derecho comunitario: los decomisos penales

En el marco de la Unión Europea, la privación de la propiedad de los bienes se configura como una materia penal de acuerdo con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, y se ejecuta de acuerdo con una herramienta propia de la cooperación penal basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales a través de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, relativa al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso<sup>10</sup>. En concreto, los artículos 4 a 6 de la directiva obligan a que los derechos internos de los Estados miembros adopten las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial:

a) De los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria, que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado.

b) De bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.

c) De productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que



hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado de manera gratuita o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado.

De manera complementaria, la decisión marco permite que una autoridad judicial de un país de la Unión Europea remita una resolución de embargo preventivo o decomiso de bienes directamente a la autoridad judicial de otro Estado en el que será reconocida y ejecutada con unas causas tasadas de oposición y en todo caso sin que resulte de aplicación el principio de doble tipificación cuando la pena impuesta exceda de un límite de tres años o se tipifique de acuerdo con una lista de treinta y dos categorías de infracciones penales, normalmente comunes y que en cualquier caso comprenden las propias de la delincuencia organizada que se han indicado con anterioridad.

Una vez dictada la resolución por la que se acuerda el decomiso, que puede ser autónoma a la condena por el delito en función del ordenamiento jurídico interno de cada nación, el órgano sentenciador puede remitir su resolución acompañada de un formulario específico al Estado en el que se tengan motivos fundados para creer que la persona o empresa de que se trate posee bienes o ingresos o bien a varios Estados en algunos supuestos. Una vez recibido por la autoridad judicial competente, la reconocerá y adoptará las medidas necesarias para su ejecución.

Así pues, nos encontramos con una medida que puede adoptarse autónomamente mediante sentencia judicial, dentro o fuera de un procedimiento penal pero siempre en relación con un delito y siempre ejecutada como una resolución penal.

La situación vigente en los Estados americanos es distinta al coexistir dos sistemas jurídicos diferentes, siendo predominante en el sur del continente el sistema de decomisos penales, que en pocas ocasiones se extiende a bienes y efectos diferentes de los que constituyen propiamente el objeto del delito. Se trata de los casos siguientes:

a) Argentina. Los artículos 23 del Código penal y 231 del Código procesal penal determinan el comiso de los bienes y efectos del delito, estableciéndose la medida cautelar de secuestro y puesta de los bienes a disposición judicial.

b) Bolivia. El artículo 71 del Código penal establece la consecuencia de decomiso de los bienes y efectos del delito, y el artículo 71 bis, aplicable para el delito de legitimación de ganancias o lavado de activos, estipula lo siguiente:

En los casos de legitimación de ganancias ilícitas provenientes de los delitos señalados en el artículo 185 bis, se dispondrá el decomiso:

1. De los recursos y bienes provenientes directa o indirectamente de la legitimación de ganancias ilícitas adquiridos desde la fecha del más antiguo de los actos del que hubiere justificado su condena; y,

2. De los recursos y bienes procedentes directa o indirectamente del delito, incluyendo los ingresos y otras ventajas que se hubieren obtenido de ellos, y no pertenecientes al condenado, a menos que su propietario demuestre que los ha adquirido pagando efectivamente su justo precio o a cambio de prestaciones correspondientes a su valor; en el caso de donaciones y transferencias a título gratuito, el donatario o beneficiario deberá probar su participación de buena fe y el desconocimiento del origen ilícito de los bienes, recursos o derechos.

Cuando los recursos procedentes directa o indirectamente del delito se fusionen con un bien adquirido legítimamente, el decomiso de ese bien sólo se ordenará hasta el valor, estimado por el juez o tribunal, de los recursos que se hayan unido a él.

El decomiso se dispondrá con la intervención de un notario de fe pública, quien procederá al inventario de los bienes con todos los detalles necesarios para poder identificarlos y localizarlos.

Cuando los bienes confiscados no puedan presentarse, se podrá ordenar la confiscación de su valor.

Por su parte, el Decreto supremo 26143, de 6 de abril de 2001, establece el Reglamento de administración de bienes incautados, decomisados y confiscados, fijando entre otros criterios la regla de monetización de los bienes.

c) Brasil. Las leyes especiales en materia de lavado de activos y terrorismo (Leyes 9.613/1998 y 13.260/2016) permiten formas de decomiso ampliado.

d) Chile. La Ley 20.000, que sustituye la Ley n° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, establece un decomiso ampliado sólo para su ámbito de protección.

e) Costa Rica. En tanto no se apruebe el proyecto legal de extinción de dominio, el artículo 110 del Código penal establece un régimen de pérdida a favor del Estado de las cosas o valores procedentes de la realización del delito. El régimen cautelar de embargo cautelar se establece en los artículos 263 y 264 del Código procesal penal. Finalmente, el artículo 33 de la Ley 8204 de 2001 se refiere a la distribución de bienes confiscados o caídos en decomiso.

f) Panamá. Los artículos 252 a 263 del Código procesal penal establecen la aprehensión provisional de activos del delito, el secuestro de estos durante la tramitación del procedimiento y la enajenación provisional de los bienes.

g) Paraguay. El artículo 86 del Código penal establece el comiso de los efectos del delito, admitiéndose determinadas formas de comisos en los artículos 91 (comiso por valor equivalente o especial del valor sustitutivo) y 94 (comiso especial extensivo o ampliado). Al margen, existen otras formas de comisos o congelamientos en materias como financiación del terrorismo, tráfico de drogas y lavado de activos.

h) Uruguay. El artículo 62 de la Ley 14.294 de estupefacientes, modificado por la Ley 18.494, establece el sistema de decomiso y de medidas cautelares para su aseguramiento.

Así pues, existe un grupo de países en que se establece un sistema de decomiso penal, que en algunos casos es ampliado, si bien con un régimen de administración cautelar de los bienes que depende en exclusiva de la resolución judicial.

### 3.2 El sistema de pérdida o extinción del dominio

El modelo de decomisos civiles tiene su origen en los derechos anglosajones, acostumbrando mencionarse como precedente las normas de contrabando que desde el siglo XVII se dictaron en Inglaterra para dirigir las acciones contra los barcos al servicio de la infracción por no haberse podido localizar a su dueño, en una tradición jurídica que se reactiva en los Estados Unidos durante los años de vigencia de la *Ley seca* (1920-1933) en relación con los bienes de quienes la incumplían. Pero es en particular en la década de 1980 cuando de una manera decidida se da un impulso legislativo en esta dirección, en especial a través de la *Comprehensive Crime Control Act* de 1984 y la reforma en 1986 de la *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* de 1970, en el marco de la denominada Guerra contra la Droga. En la actualidad, la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) de 2000, reformada por la *Patriot Act* de 2001, es la norma que

configura el eje central del sistema norteamericano. Aparte de la legislación federal, el marco normativo norteamericano se completa con las legislaciones de los Estados federados, además de las normas emanadas por distintas entidades locales. Para comprender la operatividad de esta normativa, debe partirse del hecho de que el procedimiento penal norteamericano se circunscribe a la decisión de culpabilidad y a la imposición de una sanción, sin alcanzar a las consecuencias civiles derivadas de los hechos criminales. Como excepción, el decomiso penal o *criminal forfeiture* se resuelve con posterioridad a una sentencia condenatoria en relación con los bienes que son objeto o producto de determinados delitos.

En este contexto, el *civil forfeiture* o extinción de dominio establecido en la CAFRA, además de otras muchas normas, se entiende dentro del marco propio de los sistemas jurídicos anglosajones, de manera que se configura a través de una acción *in rem* dirigida por la autoridad competente en cada caso contra la cosa misma en supuestos de una vinculación concreta con determinadas formas de delincuencia, obligando al poseedor a justificar un dominio pleno y legítimo a través de su reclamación dentro del procedimiento. En determinados casos de ausencia de parte que reclame la titularidad del bien, la adjudicación del bien se resuelve administrativamente a través de un procedimiento simplificado<sup>11</sup>.

En todos los casos, los bienes se destinan a fondos especiales, normalmente gestionados por las unidades encargadas de la persecución del delito, que encuentran en estas acciones civiles una forma cómoda de financiación, en constante crecimiento en los últimos años. Las críticas al sistema se han centrado en la desigual carga probatoria asignada al Estado y al poseedor, la tramitación en un procedimiento civil sin justicia gratuita en perjuicio de las rentas más bajas o la falta de transparencia o el mal uso de los bienes recuperados por los adjudicatarios<sup>12</sup>.

Algunos Estados americanos de habla hispana, principalmente en Centroamérica, se han acogido a esta acción denominada según los casos pérdida o extinción de dominio, generalmente establecida en leyes especiales que regulan la institución en los aspectos sustantivos y procesales y que es preciso conectar con las reglas cautelares establecidas en la legislación procesal y en el propio decomiso sancionado en el Código penal.

La primera norma al respecto se produce en Colombia en 1996 y tiene su base constitucional en el artículo 58 de la Constitución colombiana<sup>13</sup>. Con posterioridad se han sucedido dos regímenes jurídicos, el primero es la Ley 793, de 27 de diciembre de 2002, de extinción de dominio, modificada por la Ley 1453/2011, que establecía un régimen derivado de la vinculación de los bienes con acciones criminales, el monopolio de la acción por parte del Ministerio Público y un limitado término de 30 días de plazo probatorio. En la actualidad, la Ley 1708/2014, a través de la cual se expide el Código de extinción de dominio, establece un régimen en el que el fundamento de la acción se basa en la función social de la propiedad ante la falta de justificación de una forma lícita de adquisición por parte de quien aparece como titular de un derecho real<sup>14</sup>. La práctica ha determinado una importante fuente de ingresos para el Estado a través de acciones dirigidas a estrangular la economía de los integrantes de organizaciones criminales y quienes en el ejercicio de sus profesiones u oficios han prestado servicio de estos. En lo demás, hay que mencionar que el artículo 83 del Código procesal penal de 2004 establece un comiso ampliado en función del cual los bienes pasan a ser gestionados por la Fiscalía General a través del Fondo Especial de Administración de Bienes, creado por la Ley 785 de 2002, y que el artículo 100 del Código penal determina el comiso como consecuencia del delito en relación con los instrumentos y efectos con que se haya cometido la conducta punible o provengan de su ejecución,

acordándose su adjudicación a la Fiscalía General de la Nación. La última reforma a esta norma se produce a través de la Ley 1849 de 17 de julio de 2017.

En México es el artículo 22 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, enmendado en 2008, el que establece la necesidad de una regulación especial en la materia<sup>15</sup>. El complejo régimen jurídico mejicano ha determinado que existan una ley federal y catorce de los estados federados. La ley federal data de 2009 y sus principales caracteres derivan de la lectura de sus artículos 5 y 10, que determinan que la acción se ejercerá aun cuando no se haya concretado la responsabilidad penal, y procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito, incluso cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal. Por otra parte, se define como una acción de carácter real, de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder, o lo haya adquirido<sup>16</sup>. En lo demás, la acción se lleva a cabo mediante un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil. Para terminar, hay que señalar que el artículo 24 del Código penal federal establece el comiso de los bienes procedentes del delito y que los artículos 182 q, 229 a 251 y 452 del Código federal de procedimientos penales contienen normas que es preciso relacionar con el régimen jurídico especial.

En el ámbito centroamericano, son distintas las normas emanadas, generalmente siguiendo el régimen marcado por la Ley modelo propuesta por la UNODC<sup>17</sup>. En El Salvador debe citarse la Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen ilícito, aprobada por Decreto 534, de 7 de noviembre de 2013, que crea unos tribunales especializados en la materia<sup>18</sup>. Además, los artículos 287 y 500 del Código procesal penal establecen normas que deben combinarse con este régimen jurídico especial. También pueden citarse el artículo 4 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de carácter criminal y el artículo 25 de la Ley contra el lavado de dinero y activos.

En Guatemala rige la Ley 55-2010, de extinción de dominio, estableciéndose en el artículo 60 del Código penal el comiso de los efectos procedentes del delito. Y en Honduras la materia se establece en la Ley sobre privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito de 2010, cuyo artículo 11 se refiere a bienes que o proceden de actividades criminales, o se adquieren sin justificación, o se encuentran abandonados.

En el Perú, la materia se rige por el Decreto legislativo 992, de 21 de julio de 2007, modificado por la Ley número 29212 en el año 2008, que establece un régimen causal que limita la acción a los supuestos de procedencia ilícita del bien en función de su origen delictivo<sup>19</sup>. Como contraste, en los casos de delincuencia organizada, el artículo 10 del Decreto legislativo n.º 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y crimen organizado, establece el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, con remisión al artículo 102 del Código penal, de manera que en este caso existe un doble régimen jurídico, penal y civil.

Finalmente, los parlamentos de Costa Rica, Panamá y Argentina<sup>20</sup> han tramitado sin aprobación o se encuentran pendientes proyectos legislativos en la materia. A modo de precisión, en Costa Rica, la Ley contra la delincuencia organizada 8758, de 2008, regula en sus artículos 19 y 20 un procedimiento análogo, denominado de causa de patrimonio ante capitales emergentes, que parte de una denuncia del ministerio público y otras instituciones ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, acerca del capital sin causa lícita.

Recapitulando las notas anteriores, la naturaleza jurídica de la acción de pérdida o extinción de dominio responde a las siguientes notas:

a) Se trata de una acción que debe plantearse ante un órgano jurisdiccional distinto del penal, generalmente civil.

b) La acción es real, es decir, tiene relación con un bien mueble o inmueble y está dirigida a privar a una persona de su dominio pleno o relativo a cualquier otro derecho real sobre el objeto. De esta forma, la acción se plantea en términos que no quedan limitados por los principios penales como la irretroactividad de la ley penal y sobre una pretensión de no quedar circunscrita a la ubicación del bien en el territorio nacional del lugar en que se encuentra el objeto.

c) Es autónoma del delito y del procedimiento penal existente o inexistente en relación con el mismo. En este punto, la legislación comparada ha evolucionado de la vinculación directa con todos o un grupo de delitos a la espiritualización de este para comprender los bienes cuya adquisición se produzca de una manera no justificada por su titular o, incluso, es capaz de ser utilizada en relación con las cosas abandonadas.

d) La privación del dominio tiene como consecuencia la adjudicación al Estado sin contraprestación por su parte, y en este sentido la legitimación activa se atribuye al ministerio público respectivo.

e) El procedimiento suele tener un sistema de plazos cortos y un régimen probatorio que determina la atribución de la prueba del dominio a la persona demandada, con regulación de las reglas de buena fe en relación con terceros ajenos a la actividad ilícita, en su caso.

La implantación de esta legislación ha traído consigo críticas en relación con su vinculación con dos principios constitucionales: el primero, el derecho a la propiedad privada sin admisión de la confiscación, y el segundo, el derecho a la presunción de inocencia. Ciertamente, el hecho de que el objetivo expreso de estas leyes sea el combate de la criminalidad organizada, que el conocimiento por parte del ministerio público derive generalmente de una investigación penal sin la posible intervención del demandado y que la acción se vincule con un delito sitúa al poseedor en una posición probatoria menos exigente de la que se reserva a los autores de los delitos. En todo caso, estos planteamientos se han resuelto de manera diferente, en todos los casos para eliminar las dudas de constitucionalidad.

Por otra parte, aunque la acción se formula de manera autónoma al delito y con ello se resuelven los problemas de prejudicialidad, la vinculación con supuestos penales presenta otra serie de situaciones de compatibilidad con el propio proceso penal que pueda estarse planteando. En efecto, en algunos supuestos la posesión de los bienes puede derivar de algún delito como el de lavado de dinero u otros activos, que es como se viene denominando en casi toda la región el blanqueo de capitales. En este sentido, pueden plantearse situaciones de sujeción de los bienes a medidas cautelares reales adoptadas en el procedimiento penal o de adopción en la sentencia penal del comiso de los bienes. Y, en cualquiera de los casos, resulta necesario en relación con los bienes muebles establecer un régimen de cautelaridad y administración de los bienes para evitar que su traslado, destrucción u ocultación dificulten su eficacia.

Aunque la acción de extinción de dominio se plantea como admisible con bienes radicados en el extranjero, la eficacia de una sentencia que declare que el dominio pertenezca al Estado en que ejerza su jurisdicción el tribunal sentenciador tiene distintos problemas para ser eficaz. En primer término, porque al tratarse de acciones civiles imposibilita la transmisión de su resolución a través del marco convencional internacional en materia penal, avocando a la pretensión de *exequatur* en el tribunal del lugar en el que se encuentren los bienes. En segundo término

y consecuencia del anterior, porque las leyes de diferentes Estados reservan para sus propios tribunales la jurisdicción exclusiva para resolver el ejercicio de acciones civiles relativas a bienes inmuebles ubicados en su territorio, de manera que hacen inviable cualquier pretensión de ejecución, y ello sin tener en cuenta los supuestos en que la posible rebeldía del demandado impida su eficacia de acuerdo con la legislación del Estado de ejecución. En tercer lugar, y en relación con los bienes muebles, es posible que su fácil traslado al extranjero frustre cualquier atisbo de eficacia si no se encuentran inmovilizados cautelarmente, como sucederá en casos de conocimiento de vehículos, buques o cuentas corrientes a través de la investigación penal desarrollada. En cuarto lugar, no es en absoluto descartable que se produzcan resoluciones de tribunales de diferentes jurisdicciones que atribuyan a sus respectivos Estados la titularidad de un mismo bien. Como consecuencia, en la práctica la titularidad de un bien por parte de quien desarrolla una actividad criminal en un Estado A respecto de bienes que se encuentran en un Estado B exigirá una demanda en este mismo a plantear por una autoridad distinta. Sin embargo, en ausencia de un convenio que facilite la transmisión de las resoluciones por otra vía a los efectos de reconocer su eficacia o de la información que permita que otro ministerio público formule a favor de su Estado una demanda homóloga, la lucha contra la transnacionalidad de la delincuencia organizada queda limitada. Sin lugar a dudas, es preciso adoptar convenios internacionales que resuelvan situaciones como la transmisión de la información o las resoluciones a los efectos de su admisibilidad, establezcan medidas que permitan que los bienes muebles cuya existencia es conocida en un Estado por su vinculación con supuestos de delincuencia organizada puedan ser fácilmente localizados para facilitar su reclamación o gestionar la eficacia de la resolución que adjudica a un Estado su dominio, que establezca, en su caso, algún tipo de compensación o reparto de los efectos derivados del delito y que, finalmente pero no de manera secundaria, permita la compatibilidad del sistema con otros sistemas jurídicos como el europeo, en el que esta clase de decisiones se resuelven en el marco de la jurisdicción penal.

Para concluir este apartado, debe afirmarse que las acciones civiles de pérdida o extinción de dominio despliegan una fuerza incontestable en el orden interno de los Estados, pero pueden presentar problemas de ejecución cuando se trata de que las resoluciones crucen las fronteras.

### **3.3 La necesaria compatibilidad entre ambos sistemas**

Puestas así las cosas, los sistemas coinciden plenamente en el comiso o decomiso, según cada legislación, de los bienes y efectos procedentes del delito, ya sean concebidos como pena o como consecuencia accesoria del delito. Sin embargo, difieren en la naturaleza de la acción para otra clase de bienes, esto es, los supuestos de valor equivalente, ampliados o vinculados con la intervención de terceros no partícipes del delito, pues mientras que en unos casos el régimen es enteramente penal en la acción, la jurisdicción y el procedimiento, en otros es civil.

Con todo, coinciden en varios aspectos, a saber, que su determinación deriva de una investigación penal, el único legitimado es el ministerio público, la consecuencia es la adjudicación a favor del Estado sin contraprestación por su parte, el fundamento de la norma es la lucha contra la criminalidad organizada y, con excepción de determinadas acciones de enriquecimiento injustificado en el régimen civil, el fundamento de la medida es la existencia de una acción propia de esta forma de delincuencia.

Sin embargo, la diferencia en la jurisdicción y en la naturaleza de la medida trae consigo una diferencia fundamental para lograr la eficacia transfronteriza de los bienes, al determinar vías distintas de ejecución. Mientras que las resoluciones dictadas por los organismos penales pueden

ser transmitidas a través de los cauces convencionales existentes para la cooperación judicial en materia penal y pueden ser ejecutadas salvo que existan razones de no ejecución, con carácter general, en el caso de las resoluciones civiles, la ejecución debe realizarse empleando los cauces habituales para esta jurisdicción, esto es, a través del sistema de *exequatur*, a salvo de la existencia de convenios, hasta ahora inexistentes en el ámbito multilateral, que faciliten su ejecución de una manera privilegiada y a través de comunicación directa entre las autoridades judiciales. Esto es, el Estado que ha adquirido el dominio debe solicitar como sujeto ordinario de derecho la ejecución de la sentencia en el Estado en el que se encuentren los bienes y esperar la resolución que autoriza su ejecución. Tan sólo si existe un convenio que facilite la ejecución puede obtener una vía cuando menos equiparable a la prevista para la ejecución penal.

### **3.4 Una necesidad en común: la gestión transitoria de los bienes**

Un último aspecto a considerar se refiere a la gestión de los bienes durante la tramitación de los procedimientos penales. Tras la aprobación de la Convención de Viena en materia de sustancias psicotrópicas de 1988, cuyo artículo 5 regula el decomiso, se extendió en los derechos de los Estados un sistema de gestión de los bienes incautados a través de su cesión para su utilización por parte de las unidades policiales encargadas de la investigación criminal. La otra alternativa es la inmovilización, depósito y almacenamiento de los bienes incautados, con su consiguiente pérdida. La solución a la gestión es sencilla si imaginamos la incautación de un vehículo de motor, de manera que la opción consiste en su cesión teórica para la investigación o bien su almacenamiento mientras pierde paulatinamente su valor. Sin embargo, ni estas soluciones son las mejores ni la realidad es tan sencilla si pensamos en casos derivados de la localización de aviones, caballos de carreras o establecimientos mercantiles, que requieren una gestión mucho más compleja.

La solución actual pasa por una gestión de los bienes a través de oficinas públicas y a través de técnicas de gestión tendentes a una enajenación temprana para su capitalización, de manera que por un lado los bienes no se pierden por la falta de uso y por el otro el sector público adquiere la posibilidad de gestionar bienes en efectivo.

En el contexto comunitario europeo se han creado en los Estados oficinas de recuperación de activos en virtud de la Decisión 2007/845/JAI del Consejo sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los países de la UE en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, afectada por la ya mencionada Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Por su parte, en Iberoamérica, algunos Estados cuentan con instituciones dedicadas a la gestión de los bienes, caso de la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados de Bolivia; del Fondo Especial de Administración de Bienes de la Fiscalía General de Colombia; de la Comisión Nacional de Bienes Incautados del Perú; de la Oficina de Administración de Bienes Incautados de Honduras; del Instituto Costarricense sobre Drogas; y del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos. Según los Estados, las oficinas dependen de los ministerios públicos o de la Administración.

En estos casos, son unidades vinculadas en algunos Estados a los propios ministerios públicos y en otros a la Administración que gestionan los bienes, procurando normalmente su enajenación temprana y previa valoración técnica de los costes de mantenimiento. Ahora bien, el marco administrativo exige una coordinación no siempre clara con la normativa procesal relativa a las

medidas cautelares que se establezcan sobre los bienes, sea en forma de secuestro (manteniendo la posesión inalterada) o de embargo (con inmovilización de los bienes). De la misma manera, el régimen de enajenación exige un ponderado respeto de los derechos de terceros de buena fe.

### **3.5 Los espacios olvidados: los paraísos fiscales y los paraísos institucionales**

Sin duda, el control del tamaño de la delincuencia va mucho más allá de la privación de bienes tangibles, muebles o inmuebles, en la medida en que los grandes beneficios se ocultan y transfieren aprovechando las inmensas posibilidades que ofrece el sistema financiero internacional. La práctica judicial de cualquier nación permite encontrar supuestos de constitución de sociedades u otras formas sociales, como los trusts o fideicomisos, de utilización de formas sociales previamente constituidas con anterioridad para otros fines legítimos, o bien el empleo de cuentas constituidas en entidades financieras en paraísos fiscales en las que ingresar directa o indirectamente dinero. Por paraísos fiscales se entiende algunos territorios que no necesariamente constituyen Estados soberanos que ofrecen facilidades para la recepción de capitales extranjeros y que, por lo tanto, resultan atractivos para la realización de operaciones jurídicas y financieras legítimas a cuyo amparo se realizan otras ilegítimas. En común presentan las siguientes notas:

a) Presencia de estructuras políticas, administrativas y financieras estables, susceptibles de generar seguridad jurídica y económica en los consumidores.

b) Desregulación del sistema bancario.

c) Desproporción entre la estructura estatal con el tamaño del sistema financiero, del que resulta incapacidad de control.

d) Secreto bancario protegido.

e) Asentamiento de agentes intermediarios autorizados que en ocasiones resultan ser sucursales o filiales de bancos ubicados en otros territorios, sociedades comerciales internacionales u otras formas sociales fiduciarias opacas como los denominados trusts.

f) Fiscalidad inexistente o reducida.

Empleando estos parámetros, algunas organizaciones han establecido listas de paraísos fiscales que, con leves diferencias, son coincidentes en lo sustancial<sup>21</sup>.

En esta operativa, también es frecuente que se utilicen sistemas de pantalla a través de sociedades constituidas en un Estado con operaciones financieras desarrolladas en otros diferentes, de manera que la investigación y el seguimiento se encuentran dificultados. En ocasiones, estos territorios pertenecen a Estados que son parte en convenios que facilitan la cooperación judicial internacional (Bermudas, las Islas del Canal o Gibraltar pertenecen al Reino Unido; las Antillas Holandesas, a los Países Bajos; y Delaware o las Islas Marianas, a los Estados Unidos, por mencionar sólo algunos), pero se encuentran excluidos de su ámbito; otros espacios soberanos, como Malta, Andorra o Liechtenstein, son parte en convenios de cooperación internacional; y otros, como Santa Lucía o Trinidad y Tobago, son soberanos pero con poco interés en ratificar convenios que alteren su condición.

En resumidas cuentas y aunque se trate de una afirmación sin duda no novedosa, cabe concluir que los paraísos fiscales son un ámbito en el que la actividad de las instituciones internacionales de combate con el delito no se ha desplegado de una manera satisfactoria.

Por otro lado, junto a los paraísos fiscales coexisten los paraísos institucionales, en ocasiones Estados modernos y muy avanzados económicamente que garantizan una aplicación del Estado de derecho pero que o bien cuentan con instituciones débiles en la persecución del delito o



bien establecen trabas a la cooperación internacional o generan formas sociales que garantizan la opacidad de intervinientes y operaciones, amparando actividades ilegítimas, más o menos residuales, junto con la generalidad de las operaciones económicas legítimas y frente a las cuales esta intervención institucional de las organizaciones internacionales se echa también de menos.

## 4 CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, el Estado de derecho se desplaza a un ritmo más lento que la delincuencia organizada en su persecución, aunque los pasos dados se orientan generalmente en direcciones adecuadas a través de las dos herramientas fundamentales para combatirla en el marco internacional: la cooperación entre las autoridades encargadas de su persecución y la privación de los beneficios del delito para quienes intervienen en su comisión. En el primer caso, las transformaciones sociales y las ventajas que ofrece la internacionalización de la economía requieren que en el ámbito internacional se desarrollen nuevos instrumentos más eficaces que los que descansan en exclusiva en la estructura de fronteras tradicionales de los Estados. En el segundo caso, es necesario que los Estados regulen internamente y cooperen internacionalmente para que, como resultado de esta actuación, se consiga que los grandes delincuentes trabajen para los Estados, se prive a la delincuencia de sus beneficios y que el ejemplo sirva para aminorar la importancia cuantitativa de la 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., y 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.; y 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 Se trata de los artículos 2 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003; 5 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2001; 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988); 4 de la Convención para la represión de la financiación del terrorismo de 2000; 2 del Convenio internacional contra la toma de rehenes; 2 del Convenio sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (Nueva York, 14 de diciembre de 1973); 3 del Convenio sobre la represión de la falsificación de moneda (Ginebra, 20 de abril de 1929); 8.1 y 2 del Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (Nueva York, 10.12.1984); 2 a 4 del Convenio sobre represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena (Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950). Además, hay que mencionar la Convención única sobre las sustancias estupefacientes, de 30 de marzo de 1961, con Protocolo de 25 de marzo de 1972; la Convención internacional sobre el opio, de 23 de enero de 1912; la Convención sobre las sustancias psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971; la Convención árabe para la lucha contra el comercio de droga y sustancias psicotrópicas, de 5 de enero de 1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973; el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, de 1991; la Convención para la prohibición de la limitación de empleo de ciertas armas clásicas que pueden producir traumatismos excesivos de 1980; la Convención sobre ofensas y otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 1963; la Convención contra la piratería aérea de 1970; la Convención sobre ciertos actos ilícitos contra la seguridad de la navegación aérea de 1971; y la Convención de 1988 para la supresión de actos ilícitos en la navegación marítima.
- 3 El convenio sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros de 1990.
- 4 Aunque se han adoptado otras convenciones con extensión superior al continente europeo en cuanto a las ratificaciones de los Estados, la más exitosa en este punto es el Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad de 2006.
- 5 En concreto, se han producido las siguientes normas comunitarias: Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18.7.2002); Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003); Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005); Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006); Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008); Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008); Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008); Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350 de 30.12.2008); Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinadas a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009); Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009); Decisión marco 2009/948/JAI, de 30 de noviembre de 2009, de prevención de conflictos de jurisdicción en procedimientos penales (DO L 328 de 15.12.2009); Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de supervisión de medidas alternativas de privación de libertad (DO 294/20 de 11.11.2009); Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.
- 6 CP se refiere al respectivo Código penal; En Grecia: Nomos 3028/2002, de protección del patrimonio cultural; En Italia: Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in materia di Codice dei beni culturali e del 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 el caso de conocimiento de que los bienes tienen algún aspecto corrupto o *tainted* en inglés; Portugal: Decreto ley n.º 376-A/89, de 25 de octubre, para el caso de alto valor económico del bien. En España, la normativa se encuentra en la Ley de contrabando de 2011.
- 7 El ejemplo lo encontramos en la apertura de la correspondencia, requerida de intervención judicial en muchos Estados entre los que no se encuentra el Reino Unido, donde únicamente la autoridad policial especial del servicio de correos tiene esta facultad. En estas condiciones, la apertura de correspondencia solicitada, por ejemplo, desde España, será realizada por la policía de correos, a estos efectos su autoridad judicial. En el caso particular, la jurisprudencia española ha otorgado validez probatoria a esta apertura de correspondencia, pero la solución puede ser variada en la práctica de otros Estados.

- 8 Son los casos del artículo 117 del Código procesal de la nación en Argentina, 148 del Código de procedimiento penal de Bolivia, 65 del Código procesal penal de Costa Rica y 282 del Código orgánico de la función judicial de Ecuador. Es necesario mencionar que en el ámbito de MERCOSUR se ha pronunciado un acuerdo marco entre los Estados de la organización y Estados asociados de creación de equipos conjuntos tan sólo ratificado por Argentina. Algunos fiscales o procuradores generales han acordado la constitución de equipos conjuntos más allá de esta regulación.
- 9 En el caso de la UNODC, las Resoluciones 5/3 y 6/3, además de un informe en 2017 titulado *Effective management and disposal of seized and confiscated assets*; En el marco entre la UNDOC y el Banco Mundial, la iniciativa Stolen Asset Recovery Initiative (StAR), que ha dado ocasión a distintas guías legislativas y manuales para los Estados entre 2009 y 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); y en el marco del G8, una guía titulada *Best Practices for the Administration of Seized Assets*, de 2005. Dentro del continente americano, la Organización de Estados Americanos adoptó en 2011 un modelo de buenas prácticas en relación con los bienes cuyo origen se encuentra vinculado con drogas denominado BIDAL.
- 10 En relación con estos instrumentos, *vid.* Borgers, 2010; Fichera, 2008; Morán Martínez, 2003; Rodríguez-Medel Nieto, 2011; Roma Valdés, 2015; Vervaele, 2005.
- 11 Doyle, 2015, que también desarrolla su aplicación por los tribunales, atendiendo de manera especial a las resoluciones que afectan a su constitucionalidad por *bis in idem* y garantías procedimentales; Pimentel, 2012; Bridy, 2013.
- 12 Vallas *et al.*, 2015; Carpenter *et al.*, 2015.
- 13 Se han producido dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, una primera de 21 de septiembre de 1999 y una segunda de 2003 con la referencia C-740-03, que define así: “Es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible, sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales, sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público”.
- 14 El artículo 16 establece que se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:
  1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.
  2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
  3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
  4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
  5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
  6. Los que, de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
  7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
  8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de procedencia ilícita.
  9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de procedencia ilícita.
  10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.
  11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto.  
En la doctrina, Martínez Sánchez (coord.), 2015; Santander Abril, 2017; Tobar Torres, 2014.
- 15 El artículo 22 de la Constitución federal de los estados mexicanos, enmendado en 2008: “No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109, ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y, en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”. Sobre la materia, se ha pronunciado la resolución dictada en el amparo en revisión 23/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.  
En la doctrina, *vid.* Colina Ramírez, 2017; Müller Creel, 2009.
- 16 La acción se dirige respecto de los siguientes bienes: los que sean instrumento, objeto o producto del delito, siempre que se acredite que se presentó el hecho ilícito; los bienes que, aun sin ser instrumento objeto o producto del delito, se hubiesen utilizado o destinado para ocultar o mezclar bienes producto del delito; los que se utilizan para la comisión de delitos por un tercero que no sea el dueño de los bienes, cuando éste tuvo conocimiento de aquello y no procuró impedirlo; y los que se encuentren a nombre de terceros, siempre y cuando se demuestre que derivan del producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada y el acusado por esos delitos se haya comportado como dueño de los bienes mencionados.
- 17 [https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley\\_Modelo\\_Sobre\\_Extincion\\_de\\_Dominio.pdf](https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf)

- 18 De acuerdo con su artículo 5, la ley se aplica sobre cualquiera de los bienes que se encuentran descritos en los presupuestos que dan lugar a la extinción de dominio y provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la hacienda pública y todas las actividades ilícitas que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva o a través de grupos delictivos organizados o estructurados. También se aplica a todos los bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- 19 Rojas Liendo, 2016.
- 20 En el caso argentino, hay que mencionar la Ley 20.785. Bienes objeto de secuestro en causas penales. Custodia y disposición, y el Decreto 826/2011 sobre creación del Registro Nacional de Bienes Secuestrados y Decomisados durante el Proceso Penal.
- 21 Listas de organismos internacionales las encontramos en GAFI:
- Informe para identificar los países o territorios no cooperativos, dirigido a mejorar la eficacia a nivel mundial de las medidas de lucha contra el blanqueo el 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>
- En la Unión Europea puede mencionarse:
- Prevención y control de la delincuencia organizada, estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio (2000/C 124/01).
  - Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)) - (2013/C 131 E/08).
  - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países (COM(2012) 351 final).
  - Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Paraísos fiscales y financieros: una amenaza para el mercado interior de la UE" (2012/C 229/02).