

Estrategias jurídicas

para la recuperación
de activos venezolanos
producto de la corrupción





Transparencia Venezuela

Mercedes De Freitas

Directora Ejecutiva

Norma Ferrer González

Coordinación editorial

Adán Nieto Martín

Marta Muñoz de Morales Romero

Beatriz Herrera del Campo

Stefan D. Cassella

Oscar Solórzano

Stefan Mbiyavanga

Norma Ferrer González

Investigadores

María Alejandra Domínguez

Coordinación gráfica

ESTRATEGIAS JURÍDICAS PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS VENEZOLANOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN

Edición y distribución: ©Transparencia Venezuela - 2020

El contenido de esta obra puede ser citado y difundido por cualquier medio, siempre que sea sin fines comerciales. Agradecemos citar la fuente.

Transparencia Venezuela

Av. Andrés Bello con 1era transversal de Los Palos Grandes, Edif. Multicentro Empresarial Los Palos Grandes, piso 6. Chacao. Caracas. Venezuela

Tlf: 212-286.24.10 / 286.49.47





España

LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Adán Nieto Martín

Marta Muñoz de Morales Romero

Beatriz Herrera del Campo

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. ASPECTOS PRELIMINARES	
1. Estructura normativa de la recuperación de activos	
2. Concepto: la recuperación de activos como proceso	
3. Decomiso y recuperación de activos	
III. LA REGULACIÓN DEL COMISO EN ESPAÑA.....	8
1. Regulación material: Tipos de decomiso en el CP español	
1.1 Decomiso directo (art. 127 CP)	
1.2 Decomiso ampliado (art. 127 bis CP)	
1.3 Decomiso sin condena (art. 127 ter CP)	
1.4 Decomiso de bienes de terceros (art. 127 quater CP)	
2. Regulación procesal del decomiso	
2.1 Principios materiales y procesales del decomiso	
2.2 El embargo preventivo (decomiso preventivo)	
3. Dimensión institucional: La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).	
IV. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO.....	19
PENAL EN VENEZUELA: LOS CAUCES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CON ESPAÑA	
1. Base jurídica y principios básicos de la cooperación judicial internacional penal en España.	
2. Qué se puede solicitar a España en materia de recuperación de activos	
3. ¿Cuándo tramitar la solicitud de cooperación?	
4. Requisitos formales	
5. Motivos de denegación	
6. Restitución de los bienes	
V. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL.....	30
EN ESPAÑA	
1. El delito de blanqueo de capitales como fundamento	
2. Cuestiones competenciales	
3. Participación de Venezuela y sus instituciones en el proceso penal	
Bibliografía.....	45

I. INTRODUCCIÓN



El objeto de este dictamen es facilitar la labor de las autoridades venezolanas encargadas de llevar a cabo procesos de recuperación de activos ubicados en España. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en España no existe ninguna ley de cooperación judicial que de manera sistemática regule la cooperación con terceros países, por esta razón el marco normativo resulta considerablemente complejo. Por otro lado,

acceder a la información es prácticamente imposible. Las resoluciones de ejecución o denegación de asistencia judicial no se publican generalmente¹ y aunque se ha contactado con operadores jurídicos involucrados en la recuperación de activos, la información que se nos ha proporcionado es genérica. Asimismo, hemos consultado la base de datos de StAR Asset Recovery Watch Database² sin gran éxito, pues solo aparecen cinco casos con información muy parca.

1 El art. 18.2 RD 948/2015 establece la obligación de contar con un sistema estadístico accesible al público en general que contabile las actuaciones realizadas por la ORGA y, así dotarla de máxima transparencia. Sin embargo, el sistema es muy defectuoso y solo se ofrecen datos genéricos, lo que motivó una solicitud de información ante el Portal de Transparencia en fecha 4 y 10 de mayo de 2017. En ella se solicitaba la facilitación de la información relacionada con los activos que se habían recuperado en la ORGA desde su creación, en el año 2015, hasta ese momento, con indicación de los importes individualizados, personas físicas o jurídicas a las que se hubiese realizado la recuperación y nombre de la operación origen de la misma. En un primer momento, se estimó parcialmente la solicitud, mediante la Resolución 0303/ 2017 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y, consiguientemente, se instó a la ORGA a facilitar los datos al reclamante. Se entendió que facilitar la información es la regla general y la aplicación de los límites es la excepción. Por tanto, cualquier denegación debe estar suficientemente motivada y ser proporcionada. Para ello hay que atender a las circunstancias del caso concreto. Dicha resolución indicó también que “los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos, debiendo de aplicarse los denominados test de daño y test del interés público”. Sin embargo, poco después el CTBG cambió de opinión, pues ante el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra esta resolución (Resolución 0303/2017) aceptó la anulación de su resolución dejando sin efecto el requerimiento de información a la ORGA que en ella se contenía. Este cambio de opinión, de acuerdo con RODRÍGUEZ-MENDEL NIETO, pudo deberse a que el acceso a la información que conste en el procedimiento penal está regulado expresamente en la LECrim, de modo que toda instrucción penal es reservada para quien no esté personado en autos y puede ser declarada incluso secreta para quien lo esté, con la sola excepción del Ministerio Fiscal. La ORGA en la función de localización y recuperación de activos actúa como auxiliar de la Administración de Justicia y, por tanto, con una encomienda del órgano judicial o fiscal. Por tanto, la ORGA no puede dar publicidad a los datos cedidos al margen de las normas procesales. En segundo lugar, la Resolución del CTBG hacía referencia a información sobre personas jurídicas de tal forma que desvelar información sobre las mismas ya implica saber que se está llevando a cabo una investigación frente a dicha persona jurídica en un proceso penal, dejando vacío de contenido el secreto sumarial que se haya podido decretar judicialmente. Tal y como se viene recogiendo en la Memoria anual, la ORGA debe actuar de manera transparente, pero siempre en términos agregados, no individualizados, porque en otro caso se prescindiría de la esencia misma de la Oficina: servir de auxiliar a los órganos judiciales y Ministerio Fiscal. Vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: “La Oficina de recuperación y gestión de activos: protección de datos y transparencia”, en La Ley Penal, 2018, n° 132, p. 13. Ahora bien, en la mencionada Resolución se habla de procedimientos judiciales no finalizados pero, si se tratara de sentencias firmes, es decir, de procedimientos judiciales ya concluidos, se podría admitir la posibilidad de facilitar los datos referidos al nombre de la operación origen de la recuperación, los importes recuperados de forma individualizada y las personas jurídicas a las que se ha realizado algún tipo recuperación de activos, con exclusión de los referidos a los datos personales de las personas físicas. En este sentido, vid. JIMÉNEZ FRANCO, E.: “La falta de transparencia en la recuperación de activos: Incumplimiento normativo y mala administraciyn”, en RODRÍGUEZ GARCÍA ADÁN, N. et al. (eds.): Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos, Ed. Tirant lo blanch, 2020, p. 259 y ss.

2 Fuente: <https://star.worldbank.org/corruption-cases/?db=All>

Las dificultades se acrecientan igualmente por la variedad con la que el comiso se regula en el marco del derecho comparado. Las diversas formas de entender el comiso, las diferentes formas en que esta institución se ha ido plasmando, dificultan la cooperación el trabajo en común entre diversas jurisdicciones.

Con el fin de exponer con la mayor claridad posible el complejo régimen a que está sujeta la recuperación de activos, el presente dictamen adopta la siguiente estructura:

- La primera parte de carácter introductorio aborda cuestiones terminológicas, ofrece una descripción general de la evolución del comiso y da cuenta de la regulación supranacional, centrándose especialmente en la procedente de la UE, que ha marcado en las últimas décadas las reformas materiales y procesales realizadas en España (II).
- La segunda parte describe la regulación penal y procesal del comiso en España, lo cual es sin duda imprescindible para entender los límites y posibilidades de la cooperación judicial con terceros países (III).
- En la tercera parte el dictamen se centra en la hipótesis de que es el Estado expoliado, aquel desde el cuál salieron los activos, el que solicita la asistencia judicial. En la práctica, y, en relación con Venezuela, no existen, o al menos no conocemos, casos que respondan a esta estructura. Cabe adelantar ya que esta vía no parece

aconsejable cuando se trata de Estados con sistemas judiciales débiles o no suficientemente independientes (IV).

- La cuarta y última parte analiza el supuesto en el que el proceso penal se origina en España. Esta opción se articula fundamentalmente a través de delitos que conforme al ordenamiento español pueden ser aplicados extraterritorialmente. El supuesto más importante es el blanqueo de capitales, que en España puede ser juzgado en aquellos casos en que los bienes proceden de delitos cometidos en el extranjero, con la condición de que exista doble incriminación. En este punto existen algunos procedimientos abiertos contra políticos venezolanos relacionados con PDSVA (V).

Además de estas dos hipótesis básicas de cooperación, también cabría plantearse una tercera en la que la cooperación judicial se solicita por un país distinto de Venezuela donde se ha iniciado un proceso de recuperación de activos. En este escenario cabrían a su vez dos posibilidades dependiendo de si el país en cuestión pertenece a la UE o es un país tercero. En el primer supuesto sería de aplicación el sistema de reconocimiento mutuo que rige entre los países de la UE, y que representa un sistema de cooperación avanzado, basado en principios diferentes de cooperación judicial³. En el caso de que esta hipótesis se planteara con un país tercero, es decir, no perteneciente a la UE, como es el caso de los EEUU, básicamente estaríamos en un supuesto similar al analizado en el punto tres.

³ Una amplia exposición, en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: Derecho penal europeo, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, especialmente Capítulo III, pág. 91 ss.

II. ASPECTOS PRELIMINARES

1 Estructura normativa de la recuperación de activos

La recuperación de activos es un instrumento de **política criminal** destinado a luchar contra la delincuencia, especialmente la organizada, aunque no solo. No hay nada más disuasorio a la hora de cometer un delito que saber que muy probablemente serás privado de los bienes, instrumentos, productos y ganancias derivadas de tus delitos⁴. Dicho de otra forma: La recuperación de activos pretende garantizar que el delito no sea provechoso⁵. Se configura así como una herramienta disuasoria que desemboca en una poco favorable relación coste-beneficio a la hora de cometer la infracción penal⁶.

A la finalidad disuasoria se añade otra: Los productos fruto del crimen deben decomisarse y utilizarse para compensar a la víctima, ya sea un individuo concreto o el Estado allí donde la víctima es difusa o el delito no tiene víctima. En este sentido, se indica que la devolución de los bienes a las víctimas del delito vincula con el rol del Estado para restablecer justicia y eliminar las conductas delictivas de las organizaciones criminales y los corruptos⁷.

La recuperación de activos constituye un problema de gobernanza global.

La globalización de la delincuencia no sólo ha propiciado la aparición de delitos transnacionales altamente lucrativos, sino también la posibilidad de mover con gran facilidad las ganancias procedentes de la comisión de delitos. A ello ayuda la existencia de paraísos fiscales, pero también la libre circulación de capitales que subyace a la globalización económica.

Al igual que ocurre con otros aspectos que forman parte de la gobernanza global, la recuperación de activos es objeto en el plano internacional de una regulación multinivel, en la que además del derecho estatal, tienen gran importancia las convenciones internacionales, pero también diversos estándares y normas de soft law, producidos por organismos internacionales, desde Naciones Unidas al Banco Mundial⁸, redes intergubernamentales de cooperación (CARIN⁹, GAFI¹⁰) e incluso organizaciones de la sociedad civil (ICAR¹¹), etc.

La Tabla nº 1 muestra el carácter híbrido de las fuentes normativas. Como puede apreciarse, al derecho duro se suma una cantidad relevante de recomendaciones y guías con orígenes muy distintos: desde el Banco Mundial y la iniciativa StAR¹², el GAFI¹³, etc.

4 TRINCHERA, T.: "Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime", en *Criminal Law Forum*, 2020, nº 39, p. 51.

5 Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre "Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que "el delito no sea provechoso", COM(2008) 766final.

6 Algunos autores han cuestionado esta idea. Así, ALLDRIDGE, P.: *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, pp. 45-69.

7 AA.VV.: *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States*, Laws and Practices, Center for the Study of Democracy, 2014, p. 13.

8 Junto a la Oficina contra las Drogas y el Delito de Naciones Unidas (UNODC), el Banco Mundial lanzó la iniciativa Stolen Asset Recovery (StAR) en septiembre de 2007. Entre sus funciones destacan facilitar ayuda a los países para la creación de herramientas legales e instituciones necesarias para recuperar los beneficios que tienen su origen en la corrupción, redacción de estándares internacionales.

9 CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network) es una red informal de profesionales y expertos creada en 2004. Su objetivo primordial es fomentar el establecimiento de organismos especializados en la recuperación de activos y facilitar la cooperación entre ellos. Vid. <https://www.carin.network/>.

10 Por su vinculación con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el GAFI ha sido muy activo en materia de recuperación de activos.

11 El Centro Internacional para la Recuperación de Activos (International Centre for Asset Recovery -ICAR por sus siglas en inglés) es una institución internacional, no gubernamental y sin ánimo de lucro vinculada a la Universidad de Basilea (Suiza). Imparte formación y asistencia a los países en desarrollo para investigar y detectar la corrupción, así como para la recuperación de los activos.

12 Vide supra nota supra 8.

13 Vid. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, The FATF Recommendations, 2012 (actualizadas en 2019), así como sus notas aclaratorias sobre la materia, *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38)* and a *Framework for Ongoing Work on Asset Recovery*, October 2012.

Tabla 1  Listado de los principales instrumentos vinculantes de recuperación de activos en España¹⁴

Marco Internacional		Marco europeo		Marco nacional
NNUU	OCDE	Consejo de Europa	Unión Europea	España
<p>Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.</p>	<p>Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.</p>	<p>Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005</p>	<p>Medidas de armonización: Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito Directiva 2014/42/EU del PE y Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto</p>	<p>Derecho sustantivo Art. 127-128 y ss. CP Art. 362 sexies CP Art. 5-9 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando</p>

¹⁴ A los instrumentos de cooperación internacional hay que añadir los diversos tratados bilaterales. De hecho, los propios convenios internacionales inciden en el fomento de la celebración de tratados, acuerdos o arreglos bilaterales para mejorar la cooperación internacional (ej. art. 13 UNTOC).

Marco Internacional		Marco europeo		Marco nacional
NNUU	OCDE	Consejo de Europa	Unión Europea	España
			<p>Cooperación judicial inter-nacional: 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. 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. Directiva 2014/41/CE del PE y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Reglamento (UE)2018/1805 del PE y Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.</p>	<p>Derecho procesal Art. 803 ter 803 ter d LECrim (intervención de terceros afectos por el decomiso) Arts. 803 ter e- 803 ter u LECrim (proceso de decomiso autónomo). Art. 127 octies 1 CP (embargo preventivo) Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo Art. 20 in fine Ley Hipotecaria (anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer como medida cautelar)</p>
			<p>Arquitectura institucional: Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre Oficinas de Recuperación de Activos de los EEMM Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN)</p>	<p>Arquitectura institucional: Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el fondo de bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados</p>

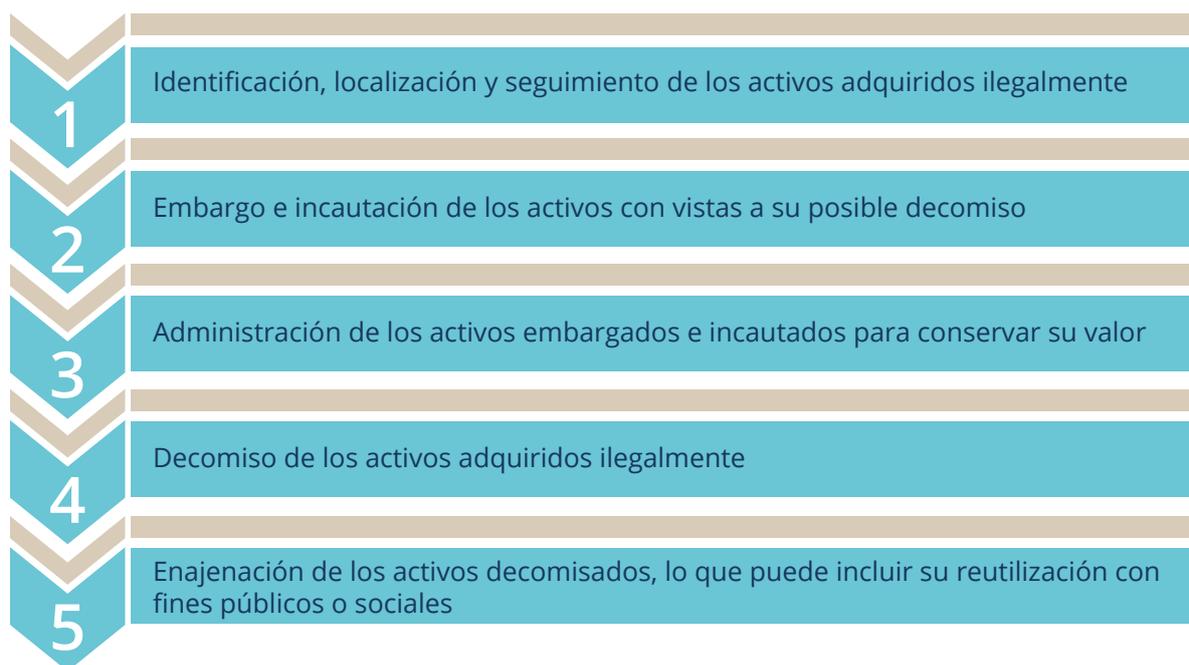
2 Concepto: La recuperación de activos como proceso.

En este informe se abordará la **recuperación de activos como proceso multifase** (Tabla 2) que abarca una serie de herramientas jurídicas¹⁵ con distinta denominación¹⁶. Dentro de este proceso, la estrategia de la recuperación de activos se perfila en torno

a tres aristas: la sustantiva, la procesal y la no menos importante institucional. De hecho, cualquier instrumento internacional, supranacional (UE) y, por ende, nacional que verse sobre la recuperación de activos hace referencia a estas tres vertientes.

Tabla

2 Fases de la recuperación de activos.



Estas fases no son necesariamente consecutivas. Es una sistematización que se sigue desde la UNCAC para simplificar un proceso de carácter complejo, cuya complejidad se acrecienta porque normalmente no todas las fases tienen lugar en una misma jurisdicción, pues muchas

veces los activos no se encuentran en jurisdicciones diversas al lugar en el que se desarrolla el procedimiento. Por esta razón la recuperación de activos es substancialmente una **cuestión del derecho de la cooperación judicial internacional**, que ha de regular la identificación e incautación de activos y su embargo preventivo.

15 CHAMBERLAIN, K.: "Recovering the proceeds of corruption", en Journal of Money Laundering, vol. 6, nº 2, p. 157 y ss.

16 Así, Informe de la Comisión al PE y al Consejo: Recuperación y decomiso de activos - Garantizar que el delito no resulte provechoso, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final.

La recuperación de activos es una quimera si no se cuenta con recursos en el inicio del proceso. Dicho de otra forma, el rastreo y localización de los bienes y fondos es crucial, así como su posterior gestión ya sea en fase preventiva (cuando se decreta el embargo preventivo) o tras la ejecución del decomiso¹⁷. Por eso el primer paso en este *iter* consiste en saber dónde están los bienes, ganancias o productos del delito. A esta fase, la más compleja de todas, se denomina la **fase de investigación patrimonial**. Para tener una “foto patrimonial” con la que empezar a trabajar para que el posterior decomiso sea fructífero, se cuenta normalmente con **órganos especializados**.

Primero se crearon como estrategia de política criminal en la lucha contra el blanqueo de capitales las Unidades de Inteligencia Financiera (FIU)¹⁸ cuya función primordial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de dinero. De forma paralela se han instaurado organismos propiamente de recuperación y gestión de activos (ORA). En el

caso de España los jueces y fiscales cuentan con la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA). Desde la UNCAC ya se venía exigiendo el establecimiento de arquitectura institucional al igual que en diversos foros internacionales como el G8¹⁹, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos, la OCDE, el Grupo del Banco Mundial, CARIN, el GAFI, etc. Pero sin duda a quien más se debe su proliferación y desarrollo es a la UE²⁰ al exigir su instauración en la Decisión de 2007²¹ (Tabla 1). Esta Decisión tiene como objetivo que las oficinas de recuperación de activos cooperen entre sí, intercambiando información y buenas prácticas (artículo 2). El intercambio de información puede hacerse previa solicitud de un organismo o de manera espontánea.

Ahora bien, la transmisión de información puede supeditarse a una serie de restricciones y/o condiciones (por ejemplo, que dicha información no se utilice para compensar a las víctimas de las infracciones sobre las que se ha obtenido la información). Hay que indicar que las ORA difieren mucho de unos Estados a otros. Hay algunas que

17 CARRILLO DEL TESO, A.E.: Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 36. BLANCO CORDERO, I.: “La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”, en ReAIDP, 2007, p. 16.

18 Sobre ellas, vid. Unidades de inteligencia financiera: Panorama general - Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. En la UE, vid. Directiva (UE) 2019/1153 del PE y del Consejo, de 20 de junio de 2019 por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales (DO L 186, de 11.7.2019). Permite un acceso directo e inmediato a la información por parte de las autoridades competentes indicadas por los EEMM a los registros centrales nacionales de cuentas bancarias así como a la información financiera y análisis financieros de las UIF. Y entre esas autoridades competentes con capacidad de acceso y consulta han de estar las ORA (art. 3.1).

19 Vid. G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets. G8 Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. Final version dated April 27, 2005.

20 BLANCO CORDERO, I.: “La aplicación del comiso y ...”, op., cit., p. 2 y ss.

21 La Recomendación 17 (b) de la Estrategia del milenio de la UE de 2000, se indicaba que los Estados miembros tenían que valorar la posibilidad de crear “unidades expresamente dedicadas a los procedimientos de seguimiento, embargo y decomiso de los bienes...” y deberán examinar además si dichas unidades “disponen de personal y recursos técnicos y operativos suficientes para luchar contra el blanqueo de capitales” (Vid. Prevención y control de la delincuencia organizada Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio- Diario Oficial C 124 de 3/5/2000). La Comisión, en su Comunicación de 2004 sobre lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero, Bruselas, 16.4.2004, COM(2004) 262 final, punto 2.4.) señalaba expresamente que “la creación de instancias especializadas en la recuperación de activos puede ser la piedra angular en el esfuerzo para privar a los autores del delito de sus beneficios y activos ilegales, por cualesquiera que sean los medios legales disponibles conforme a la ley penal y/o civil”. Además manifestaba su apoyo al proyecto de Europol de crear un “centro de conocimiento de embargo de activos” para facilitar la identificación de activos delictivos en el curso de investigaciones criminales importantes llevadas a cabo por los Estados miembros, y proponía además asociar a Eurojust en este trabajo.

solo tienen funciones de investigación, otras de gestión y un tercer modelo, como la ORGA española, que aglutina ambos tipos de competencias²².

Una vez que se sabe el paradero de los activos, es necesario inmovilizarlos o congelarlos con la finalidad de evitar su pérdida. Los instrumentos internacionales insisten en ello²³. Aquí se recurre a las órdenes de embargo preventivo o aseguramiento de bienes (también conocidas como órdenes de incautación²⁴) que, en ocasiones se confunden con las órdenes de aseguramiento de pruebas e incluso también con el propio decomiso²⁵. En el marco de un procedimiento penal un mismo bien puede tener una doble función: puede ser prueba y puede ser objeto potencial de decomiso pero no tiene por qué. La pruebas se recolectan y se custodian. Por ejemplo, en una investigación de un fraude, un ordenador puede incautarse pero no tanto porque interese el ordenador, sino la información que este contiene. Esa información sería un elemento de prueba y por eso habría que preservar el ordenador que concluido el proceso será normalmente restituido a su

propietario. Por su parte, los bienes objeto de un potencial decomiso son incautados y se preservan o administran según lo dispuesto en la legislación vigente. Lo mismo ocurre con la incautación de un vehículo con el fin de recopilar pruebas en caso de accidente. Es decir, en estos casos, cumplido el fin probatorio, se ha de devolver a su propietario, a no ser que recaiga otro tipo de pretensión como es el decomiso penal o su destrucción. El alijo de droga es un elemento de prueba que también es objeto de decomiso para su destrucción. En la práctica es difícil a menudo distinguir cuando el embargo preventivo tiene como finalidad garantizar el decomiso o cuando se trata de un aseguramiento de pruebas, y la legislación procesal de algunos estados, ya veremos que esto ocurre en España, tampoco distinguen correctamente entre estas dos finalidades al regular el embargo.

22 La doctrina siempre ha apostado por oficinas integrales con funciones no solo de localización e identificación de activos, sino también de gestión de los bienes embargados, de ejecución de las sentencias e incluso de reparto (nacional o internacional) una vez decretado el comiso. Vid. BLANCO CORDERO, I.: "La aplicación del comiso y ...", op., cit., p. 17.

23 El art. 11 de la Convención NN.UU. sobre drogas define el "embargo preventivo" o la "incautación" como la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente". La definición es similar en el art. 2.f UNCAC y UNTOC.

24 Vid. Art. 5.2 Convención de NN.UU. sobre drogas; art. 12.6 UNTOC; art. 8.1 Convención NN.UU. contra la financiación del terrorismo. Para aumentar la complejidad terminológica, a nivel nacional la incautación no solo se utiliza como medida cautelar destinada a hacer efectivo un posterior decomiso, sino también como medida de aseguramiento de pruebas (Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador). Vid. SANTANDER ABRIL, G.G.: "La emancipación del comiso del proceso penal...", op., cit., p. 437.

25 Los Comentarios a la Convención de NN.UU. sobre drogas (p. 98) ya alertaron de la dificultad para llegar a un consenso a nivel terminológico.

3 Decomiso y recuperación de activos.

Finalmente, se precisa una **sentencia judicial** (en el derecho comparado, no necesariamente dictada por un juez penal) que **ordene el decomiso, comiso, confiscación o incautación**. Aquí la terminología es muy variada en función de cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en Italia, el término empleado es *confisca*, al igual que en Francia (*confiscation*), Uruguay, República Dominicana, Dinamarca, Puerto Rico, etc. En Alemania la privación de los bienes del delito recibe el nombre comiso o confiscación dependiendo de su objeto: comiso (*Verfall*) de ganancias ilícitas y confiscación

(*Einziehung*) de los productos y objetos utilizados en la preparación o ejecución del hecho²⁶. En otros ordenamientos (por ejemplo, el Reino Unido) también se utilizan los dos términos pero como sinónimos. El derecho español utiliza en el CP el término “decomiso”²⁷ y, por herencia española también en algunos países latinoamericanos.

Más allá de esta diversidad terminológica, en lo concerniente a la relación entre comiso y recuperación de activos conviene subrayar lo siguiente:

- El comiso consiste en “**la privación con carácter definitivo** de algún bien por parte de un juez o autoridad competente”, tal como lo indica el art. 1 f) de la Convención de Naciones Unidas en materia de drogas, y en su senda la UNTOC

y la UNCAC. Lo mismo puede predicarse en Europa, pues el mismo concepto se ha acogido en el Convenio de 2005 sobre blanqueo definiéndose el decomiso como “una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”²⁸.

- En función de lo que se decomisa pueden distinguirse **dos tipos de decomiso**: el de bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito (comiso de bienes) y los efectos y de las ganancias o beneficios procedentes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar (comiso de producto). La recuperación de activos va indisolublemente ligada a la regulación que el comiso de las ganancias del delito tenga en cada ordenamiento.
- La **regulación** del comiso de ganancias en las últimas décadas ha experimentado una **evolución meteórica**, al convertirse en uno de los epicentros de la lucha contra determinados tipos de criminalidad. En líneas generales esta evolución ha llevado a ir rompiendo la unión clásica del comiso con el sistema penal.

26 Para la regulación del comiso en Alemania comparándolo con la situación española, vid. ROIG TORRES, M.: “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVIII (extr.), 2018.

27 La Convención de Viena en sus comentarios indicó que el término decomiso en español era el más apropiado. Se destacó, en particular, que en español debe evitarse el uso del término confiscación por ser un término poco utilizado hasta hora en el ordenamiento español. Vid. Naciones Unidas, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), pp. 30-31.

28 Salvo la Convención interamericana contra la corrupción, el resto de convenios internacionales definen el término decomiso de forma similar a la expuesta.

Tabla

3 Fases de dicha evolución.

<p>Decomiso de primera generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Decomiso clásico, directo, autónomo ● Vinculación con una condena previa firme: prueba de culpabilidad ● Hay que probar que los bienes decomisados se derivan del delito por el que el sujeto ha sido condenado ● El decomiso lo ordena un juez penal en el marco de un procedimiento penal.
<p>Decomiso de segunda generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Decomiso equivalente o por sustitución, de terceros y ampliado. ● Desvinculación de la condena: presunción de culpabilidad. ● El decomiso lo sigue ordenando un juez penal en el marco de un procedimiento penal.
<p>Decomiso de tercera generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Desvinculación de la condena: presunción de culpabilidad. ● El decomiso se puede decretar en un procedimiento distinto al penal.

A medida que el comiso abandona su forma clásica (primera generación), aparecen mayores problemas para la cooperación judicial y, por tanto, para la recuperación de activos. Ello se debe a tres circunstancias:

- La regulación del decomiso de ganancias fija los límites de la recuperación de activos. Las autoridades judiciales no pueden atender una solicitud de recuperación de activos procedente de otro país en una situación en la que los activos no pudieran ser decomisados en el marco de un procedimiento interno.
- Las formas más avanzadas de comiso pertenecientes a la segunda y tercera generación pueden entrar en contradicción con principios penales como la culpabilidad o la presunción de inocencia, lo que puede dar lugar a que se niegue la cooperación judicial, invocando la excepción de orden público que se contempla en la mayoría de los ordenamientos.
- Cuando la cooperación se desvincula del juez penal y se pone en manos de otras autoridades civiles o incluso administrativas se produce una asimetría que no está prevista por la cooperación judicial. La cooperación judicial está pensada para que los jueces penales de un país cooperen con los jueces penales de otros, cuando esta simetría se rompe y se trata de cooperar con jueces civiles, administrativos o incluso autoridades administrativas, muchos ordenamientos carecen de una regulación adecuada.



Cuanto acaba de indicarse en último lugar, se capta mejor cuando se hace una somera descripción de la evolución del decomiso de ganancias.

El decomiso clásico se caracteriza por dos notas. La primera de ellas es la vinculación a la culpabilidad del sujeto y por consiguiente a la existencia de una sentencia penal previa.

El art. 5.1 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas de 1988 responde a esta concepción.²⁹ La segunda nota no es menos importante. Ha

de probarse que los bienes a decomisar tiene su origen en el delito por los que el sujeto ha resultado condenado (también denominado basado en el objeto)³⁰. Ambas características, derivan de la vieja concepción del comiso como pena patrimonial³¹.

La evolución del comiso que lleva al decomiso de segunda generación consiste básicamente en su progresivo alejamiento de estas dos notas. El decomiso de bienes equivalentes, que permitía decomisar bienes distintos a los procedentes del delito, pero con un valor equivalente, rompió la segunda de las ecuaciones. Posteriormente, el decomiso de bienes de tercero y el decomiso ampliado fueron rompiendo los lazos entre condena y comiso. El primero permite decomisar bienes a personas que poseen los bienes, conociendo su origen delictivo, aunque no hayan sido declarados responsables en el proceso penal. El decomiso ampliado permite por su parte que a partir de la condena por determinados delitos, y bajo determinados requisitos, se decomisen bienes que proceden - presumiblemente - de delitos similares, pero que no han sido objeto de investigación, ni de condena en el proceso penal.

Pero el paso definitivo, que dio lugar al decomiso de tercera generación, se produjo cuando el decomiso se desvinculó totalmente no ya de la existencia de una condena previa, sino incluso de un proceso penal. El salto cualitativo hacia un decomiso de segunda generación lo dio el art. 54 (1) (c) de la UNCAC. Según este precepto, los Estados partes se

²⁹ Y así se ha importó en Europa a través del Convenio del Consejo de Europa de 1990 y después en la UE con la Directiva 2014.

³⁰ Así, por ejemplo, GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, STAR, 2009, p. 10.

³¹ De hecho, algunos convenios definen el decomiso como “sanción” o “medida” (por ejemplo, el Convenio de 2005 sobre blanqueo). También en la UE se opta por esa definición (art. 2.2 del Reglamento (UE) 2018/1805)

tenían que comprometer a decomisar los bienes, productos, etc. sin necesidad de que recayese una sentencia penal. En la UE, el decomiso sin condena se introdujo por primera vez en el art. 3.2 de la *Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo*.

Como antes señalábamos, la recuperación de activos plantea mayores problemas a medida en que nos acercamos al decomiso de tercera generación.

La herramienta jurídica que utiliza el **decomiso de segunda generación**, y especialmente el decomiso ampliado, son las **presunciones** iuris tantum que llevan a la inversión de la carga de la prueba. Los hechos sobre los que se construyen las presunciones varían de ordenamiento a ordenamiento. Por ejemplo, una norma puede establecer que un enriquecimiento no explicado que lleva a una acumulación de riqueza durante un período de servicio como funcionario público tiene su causa en la corrupción, lo cual permite decomisar dicha riqueza, a no ser que el sujeto pueda explicar de manera suficiente cómo ocurrió el incremento en la riqueza por medios legítimos. En otros casos (Suiza) la presunción se basa en que los delitos se han cometido en el seno de una organización criminal. El CP español también incluye presunciones *iuris tantum* similares dentro del comiso

ampliado (art. 127 *quinquies* y 127 *sexies*) indican que a partir de la constatación de reiteración delictiva y ante la concurrencia de ciertos indicios, se presume salvo prueba en contrario que todo el patrimonio adquirido (libre de cargas) y los gastos efectuados durante los 6 años anteriores a la apertura del proceso penal proceden de la actividad delictiva³².

En el Derecho penal **los principios de culpabilidad y presunción de inocencia** han vedado tradicionalmente la utilización de presunciones para el establecimiento de la culpabilidad y la imposición de una pena. Por esta razón los convenios internacionales siempre han sido cautelosos a la hora de obligar a los estados a adoptar estas modalidades de decomiso, estableciendo cláusulas facultativas³³. En el marco de la UE, este problema parece, sin embargo, en gran medida resultado. De un lado, la UE mediante la Decisión marco de 2005 (art. 3.2) (*vide supra* Tabla 1) obligó a los Estados miembros a introducir el decomiso ampliado sobre la base de una serie de presunciones. De otro, y como después se verá al abordar la cláusula de orden público, el propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha establecido reiteradamente la compatibilidad con el CEDH de este tipo de presunciones utilizadas en la regulación del decomiso.

³² Presunción que el TEDH no ha considerado desproporcionada ni contraria a la presunción de inocencia. Vid. STEDH, de 5 de julio de 2001, caso Philips vs. UK.

³³ Ej. Art. 5.7 de la Convención de NN.UU. sobre drogas; art. 31.8 UNCAC; art. 12.7 UNTOC.

El problema específico que plantea el del decomiso de tercera generación es, como antes se advertía, la asimetría en la cooperación judicial. Al perder su naturaleza penal, el comiso se ha independizado en algunos ordenamientos del sistema penal y de los jueces penales, dando lugar a un procedimiento separado del procedimiento penal de naturaleza civil³⁴ (decomiso civil) o incluso administrativo³⁵. No obstante, este proceso, a diferencia del decomiso de segunda generación, no se ha producido de manera generalizada. Es verdad que la UNCAC e incluso la Decisión marco de la UE de 2005 fueron sensibles a esta realidad animando a introducir decomisos al margen del procedimiento penal. En cambio, normas posteriores, como la Directiva de 2014 que sustituyó a la DM de 2005 no sigue un modelo de acciones *in rem* o decomiso civil³⁶.

La falta de armonización genera asimetrías que plantean serios problemas a la cooperación judicial. En efecto, conseguir que un Estado reconozca y ejecute una orden de decomiso dictada por una autoridad no penal, aunque en esencia se trate de un decomiso ampliado o sin condena similar al que tiene lugar en un

procedimiento penal, es muy complejo por mucho que algunos textos internacionales se esfuercen en pedir amablemente a los Estados, es decir, de forma facultativa, que se presten asistencia en relación con las investigaciones y procedimiento correspondientes a cuestiones civiles y administrativas³⁷. Sin embargo, estos decomisos civiles no se reconocen con carácter general³⁸. Incluso en la UE, donde rige el principio de reconocimiento mutuo y los sistemas de cooperación judicial están muy avanzados³⁹, la asistencia judicial solo va a ser posible -y así se establece expresamente- cuando el decomiso se haya adoptado en el marco de un procedimiento penal⁴⁰. Por tanto, cuando el Estado A que solicita la asistencia judicial en relación con un decomiso ordenado al margen de un procedimiento penal, el Estado B la denegará. A este respecto, los estándares internacionales inciden en que a la hora dar curso o no a una orden de embargo o de decomiso no se preste atención a la terminología sino al *petitum*, es decir, a lo que se solicita con una suerte de reconocimiento mutuo. No obstante, esta recomendación a escala internacional e incluso europea, está muy lejos todavía de conseguirse. Por eso, se indica que sería preferible utilizar la expresión “decomiso sin condena” y no “decomiso civil”⁴¹.

34 El decomiso civil, objetivo o *in rem* tiene lugar en un proceso ajeno al penal y no se dirige frente a una persona sino frente a la “cosa” que se presume a través de un balance probabilidades que tiene origen en un actividad delictiva.

35 Por ejemplo, la extinción de dominio en países de Latino-América.

36 Vid. no obstante recientemente, volviendo a plantear su inclusión Informe de la Comisión al PE y al Consejo sobre *Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso*, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final, p. 15.

37 Así, por ejemplo, el art. 43,1 UNCAC.

38 PRIETO DEL PINO, A.M.: “Asset Recovery: ... Gonna Try with a Little help from our friends...”, en NIETO MARTÍN, A./GARCÍA MORENO, B. (dirs.): *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo blanch, 2020, p. 526.

39 Sobre las reglas del juego de la cooperación judicial en materia penal en base al principio de reconocimiento mutuo, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 91 y ss.

40 Art. 1.1 de la *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*. Más recientemente, vid. art. 1.4 del *Reglamento (UE) 2018/1805 del PE y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso*.

41 GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas...*, op., cit., p. 102.

III. LA REGULACIÓN DEL DECOMISO EN ESPAÑA

Ya nos encontremos en el escenario donde Venezuela solicita el auxilio judicial a España para la recuperación de activos (IV) o en el escenario en el que la estrategia elegida es plantear un proceso penal en España (V), con el fin de recuperar los activos es preciso conocer someramente la regulación material (1.), procesal (2.) e institucional del comiso en España (3.).

1 Regulación material: Tipos de decomiso en el CP español.

El decomiso en el CP español está **indisolublemente unido al proceso penal y al juez penal que lo acuerda en su sentencia firme** (art. 794 y 988 LECrim).

Para establecer el decomiso basta con que el hecho del que proceden los bienes sea antijurídico. Su naturaleza jurídica, desde el CP de 1995, es la de consecuencia accesoria. Aunque esta categoría es un confuso limbo, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial a la hora de señalar que no se trata de una pena.

Existen **cuatro modalidades de decomiso**: Decomiso directo, regulado en el art. 127 CP (1.1.); decomiso ampliado, regulado en el artículo 127 bis CP (1.2.); decomiso sin condena, regulado en el artículo 127 ter CP (1.3.) y decomiso de terceros del art. 127 quáter CP (1.4.).

Estas cuatro modalidades de decomiso no son excluyentes entre sí, es decir, que el decomiso directo puede ir acompañado de alguno de los otros tipos de decomiso, siempre y cuando, se cumplan los requisitos necesarios para su concurrencia.

1.1. Decomiso directo (art. 127 CP).

El decomiso directo se encuentra regulado en el artículo 127 CP en el que se establece que *“Toda pena que se imponga por un delito doloso⁴² llevará consigo la pérdida de los efectos que de él*



provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya o preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.

El comiso directo **exige prueba plena de la comisión de un delito y del vínculo de los bienes decomisados con el mismo.**

Esto quiere decir que la mera presencia de bienes en el patrimonio cuya procedencia no se puede justificar no es causa suficiente, por sí sola, para acordarlo. A pesar de ello, la

⁴² El decomiso directo también se puede decretar en el caso de delitos imprudentes cuando el delito lleve aparejada una pena de prisión en abstracto superior a un año (art. 127.2 CP).

utilización de la prueba indiciaria relaja esta prueba:

- (1) al probarse la comisión de un delito del que se han generado una serie de ganancias,
- (2) se infiere que aquellos bienes que formen parte del patrimonio del autor, cuyo valor se corresponde con las ganancias generadas, son consecuencia del delito,
- (3) siempre y cuando no se encuentre una respuesta alternativa que explique de manera satisfactoria su origen lícito.

El decomiso directo puede establecerse sobre bienes específicos que procedan directamente del delito, pero también sobre aquellos **bienes en que se hayan transformado**. Si los bienes originarios se han depreciado puede establecerse el decomiso de otros bienes hasta cubrir la cantidad. Si se trata de dinero, se acordará el decomiso de un porcentaje que se corresponda con la ganancia. En cualquier

caso, cuando no es posible el decomiso de bienes que proceden directamente del delito en los términos señalados, se procederá al denominado decomiso por sustitución, que permite decomisar otros bienes, distintos a los procedentes del delito, cuando los bienes originarios hayan sido adquiridos por terceros de buena fe o por cualquier otro motivo no puedan ser decomisados.

El decomiso se establece en la sentencia, la cual puede limitarse a señalar la cuantía o señalar los bienes a decomisar. En los casos de decomiso por sustitución, los bienes pueden determinarse en el proceso de ejecución de la sentencia (art. 127 *septies* CP). El Fiscal puede solicitar al juez que se limite a acordar el comiso con carácter general, con el fin de que posteriormente se abra un procedimiento específico para determinar los bienes, mediante el denominado **procedimiento de decomiso autónomo** (art. 803 ter e) ss LECRim, vid. intra 2.3).

1.2. Decomiso ampliado (ar. 127 bis CP)

El decomiso ampliado se caracteriza porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas de los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de prueba plena. Su naturaleza civil más que penal, se evidencia aun con mayor claridad que en el caso del comiso directo. Su finalidad es poner fin a una situación patrimonial ilícita a la que ha dado lugar la actividad delictiva del sujeto. **Existen dos modalidades: la vinculada a la comisión de determinados delitos y la que se produce en supuestos de reiteración delictiva.**



El decomiso ampliado, en cualquiera de estas dos modalidades, **parte de una presunción**. Habiéndose procedido al decomiso directo de los instrumentos y productos de un delito, también se incautan aquellos otros bienes que se sospecha, ante determinados indicios, que proceden de otra actividad delictiva salvo que se demuestre su procedencia lícita relacionada con dicho delito. **El art. 127 bis CP no establece de manera tasada (numerus clausus) cuáles pueden ser estos indicios**, pero señala los más relevantes: la desproporción entre patrimonio y los ingresos lícitos; la ocultación de la titularidad a través de sujetos interpuestos o paraísos fiscales y la transferencia de los bienes dificultando su localización o destino. En todo caso, se trata de una presunción iuris tantum⁴³.

El decomiso ampliado en relación con determinados delitos produce en exclusiva en relación a las siguientes figuras: los delitos contra la trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, delitos informáticos del artículo 197.2, 197.3 y 264, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, delitos relativos a las insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos de corrupción en los negocios, delitos de receptación, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores,

delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la salud pública, delitos de falsificación de moneda, cohecho, malversación, terrorismo y, por último, los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

A los efectos de respetar el **principio de non bis in ídem y cosa juzgada**, el decomiso ampliado no puede producirse cuando las actividades de las que presuntamente provienen los bienes a decomisar ya hubieran prescrito o hubieran sido objeto de un proceso penal resuelto con sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Con el fin de respetar el **principio de proporcionalidad**, la cuantía a la que asciende el decomiso ampliado deberá de tenerse en cuenta para la imposición de futuros decomisos en sentencias posteriores que recaigan sobre hechos delictivos similares a los que hacen nacer el decomiso ampliado pero anteriores a los mismos.

El **decomiso ampliado en supuestos de reiteración delictiva (art. 127 quinquies)** es un supuesto específico del decomiso ampliado, que se caracteriza **porque permite considerar globalmente que todo el patrimonio del sujeto**, adquirido durante los seis años anteriores a la apertura del proceso, haya sido o no condenado previamente por estos delitos, tiene origen delictivo durante los seis años anteriores a la apertura del proceso. Esta modalidad solo se aplica en aquellos casos en que las ganancias delictivas superen los 6.000 €.

⁴³ El decomiso directo también se puede decretar en el caso de delitos imprudentes cuando el delito lleve aparejada una pena de prisión en abstracto superior a un año (art. 127.2 CP).



Para que se produzca este tipo de “super decomiso” han de darse tres requisitos cumulativamente: (a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal; (b) que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada; (c) que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Tanto la presunción de la actividad delictiva continuada (1), como la presunción de que una parte relevante de su patrimonio proceden de esta actividad se basan a su vez en otra serie de indicios (2); como finalmente los bienes que forman parte del patrimonio y su situación patrimonial se basan a su vez en otro conjunto de presunciones (3).

Así para apreciar que existe una **actividad delictiva continuada (1)** se establecen, a su vez, los siguientes indicios: (a) que el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el

mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto; (b) o que en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

La presunción de que una **parte relevante de su patrimonio procede de la actividad delictiva (2)** se basa a su vez otro grupo de indicios: (a) La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que

se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada; (b) la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes; (c) la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Finalmente, la **determinación de los bienes objeto de comiso y su situación patrimonial (3)** obedece también a las siguientes presunciones (127 sexies): (a) que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva; (b) que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva; (c) que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

Aunque estas últimas presunciones, como el resto, operen de manera iuris tantum, el precepto acaba solicitando al juez, que de oficio, declare que “las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas”.

Procesalmente, en cualquiera de sus variantes, el decomiso ampliado puede también producirse mediante el procedimiento de decomiso autónomo (art. 803 ter e) ss LECRim, vid. intra 2.3).

1.3. El decomiso sin condena (art. 127 ter).

El decomiso sin condena se encuentra regulado en el artículo 127 ter del CP y se corresponde con el art. 54 del Convenio de Naciones Unidas sobre corrupción. El decomiso sin condena permite al juez confiscar bienes procedentes de actividades delictivas en tres situaciones que por distintos motivos han impedido la realización del proceso penal. En concreto se trata de supuestos:

- En los que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que prescriban los hechos.
- Casos en los que el sujeto se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo de tiempo razonable.
- Cuando el sujeto no haya sido penado por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, lo que por ejemplo permite el comiso en supuestos en los que el delito ha prescrito o su autor ha sido indultado.

La no necesidad de condena no significa una desvinculación absoluta del proceso penal. Pues solo puede utilizarse contra alguien que haya sido formalmente acusado (es decir, que exista al menos un escrito de calificación aun provisional de alguna de las partes acusadoras) o al menos haya sido declarado investigado, pero el proceso penal no haya podido continuar por darse alguna de las circunstancias anteriores. Esta vinculación no es óbice a que, tal como se expone en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, esta modalidad de decomiso carezca de naturaleza penal, siendo más similar a la restitución en casos de enriquecimiento injusto como consecuencia de la comisión de un delito que a una multa⁴⁴.

Resulta competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso el juez o tribunal que hubiera dictado sentencia firme, estuviera conociendo de la causa penal suspendida o el competente para el enjuiciamiento del mismo cuando ésta no se hubiera iniciado.

En suma, para que resulte aplicable esta modalidad de decomiso, deberán de concurrir indicios racionales de criminalidad del delito investigado, en el marco del procedimiento penal, y, además, la demostración, en el procedimiento contradictorio, del origen delictivo de los bienes, efectos o ganancias objeto del decomiso.

1.4. Decomiso de bienes de terceros (127 quarter CP).

El decomiso de bienes de tercero se regula en el artículo 127 *quater* en el que se dispone que:

“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”.

⁴⁴ Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein.

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la única limitación al decomiso procedente de la tenencia del bien o ganancia, provenía de la adquisición por un tercero de buena fe, no partícipe en el delito, que los hubiese adquirido legalmente. La reforma amplió las posibilidades materiales del decomiso, estableciendo una serie de presunciones dirigidas a limitar la buena fe. El comiso de terceros opera en todos los tipos de comiso (directo, ampliado y sin condena) y distingue entre los casos en donde el tercero adquiere los efectos y ganancias del delito como “otros bienes” con lo que hace referencia a los casos de comiso equivalente.

En el caso de que se trate de **efectos y ganancias** se permitirá su decomiso, si el tercero los hubieran adquirido con conocimiento de que procedían de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. En el supuesto de que fuesen **“otros bienes”**, se acordará cuando el tercero los hubiera adquirido con conocimiento de

que de este modo se dificultaba su decomiso o, cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Aunque **la presunción de conocimiento**, o la existencia de razones para ello, puedan derivarse de varios indicios, el art. 127 quarter contempla, de manera específica, la discordancia entre el precio de adquisición y el valor de mercado o a título gratuito.

Por “tercero afectado por decomiso” a los efectos de esta figura se entiende la persona distinta del investigado o encausado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, se verá afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia. Los art. 803 ter a) y ss de la LECRim regulan el procedimiento especial que permite la intervención de terceros afectados.

2 Regulación procesal del decomiso.

2.1. Principios que rigen el decomiso.

El hecho de que el decomiso se articule a través de un procedimiento penal, con o sin condena, conlleva lógicamente la aplicación de determinados principios básicos.

Así, en primer lugar, se exige la concurrencia de **indicios racionales de criminalidad** para la apertura de un procedimiento penal. Como hemos visto, incluso en los casos de comiso sin condena, es necesario la constatación del nivel de sospecha necesario para poder considerar a una persona como investigado.

En segundo lugar, rige el **principio acusatorio**, en virtud del cual, el decomiso debe ser objeto de petición expresa por las partes que ejercen la acusación en sus escritos de calificación provisional y/o definitivos, en los que se deberán especificar los bienes, derechos, ganancias objeto del mismo. Por el contrario, en el supuesto de ausencia de petición expresa de parte, el juez o tribunal no podrá acordarlo de oficio. La parte que ejerce la acción civil no puede solicitar el decomiso, puesto que se trata de una consecuencia accesoria distinta de la responsabilidad civil.

En tercer lugar, es necesaria la **motivación**, que podríamos denominar “bidireccional”. Las partes que lo solicitan deben de expresar los indicios y presupuestos fácticos que soportan la petición y los bienes a decomisar. El tribunal deberá argumentar especialmente la relación que existe entre los hechos en que se basa la presunción y las conclusiones de la misma.

En cuarto lugar, el **principio contradictorio**: los presupuestos fácticos, especialmente

aquellos que dan lugar a la aplicación de las diversas presunciones, han de ser objeto de debate entre la acusación y la defensa en sede de juicio oral o en el marco del procedimiento especial por decomiso autónomo. Igualmente debe ser objeto de debate el razonamiento que permite inferir las distintas situaciones.

La carga de la prueba de la prueba no se invierte totalmente pese a la existencia de presunciones iuris tantum. La finalidad de estas presunciones no es invertir la carga de la prueba, sino facilitarla. Por eso la acusación, especialmente el Fiscal y Juez de introducción, debe esforzarse en acreditar el origen ilícito de los bienes, efectos y ganancias, buscando todo tipo de pruebas. Especialmente esforzarse en acreditar la relación de causalidad entre el ilícito y el patrimonio. Por esta razón, la presunción de inocencia aunque se debilita, no queda totalmente abolida.

2.2. El decomiso preventivo.

Tal como ya se indicó en el apartado introductorio, el principal problema que presenta esta medida cautelar es su falta de reconocimiento autónomo, al existir en la regulación procesal una confusión con el embargo preventivo, el decomiso preventivo y la depósito de las piezas de convicción. Los embargos preventivos tienen como finalidad asegurar las responsabilidades pecuniarias (multa y responsabilidad civil), el depósito pretende asegurar los medios de prueba, mientras que el decomiso preventivo, que es la figura que interesa en este lugar, atiende exclusivamente a los bienes que han de ser

decomisados definitivamente. La diferencia esencial es que la finalidad específico del decomiso preventivo es asegurar la futura extinción de la propiedad, mientras que esto no es esencial ni el depósito de las piezas de convicción, ni en el embargo preventivo. Especialmente el embargo preventivo no significa otra cosa que la preferencia del crédito garantizado, pero no priva al titular del bien, ni de la posibilidad de disposición. El decomiso preventivo, en cambio, comparte la prohibición de disponer.

La regulación del decomiso preventivo se encuentra en el art. 127 octies del CP, en el art. 764.2 de la LECrim y en el 721.2 de la LECiv. Los puntos esenciales de esta regulación son los siguientes:

- Puede ser acordado de oficio o solicitado por las partes parte, debiendo decidir en este caso el mismo el juez instructor.
- La persona afectada es requerida para aporte una relación de bienes, pero en cualquier caso el juez puede solicitar a la ORGA que realice una investigación patrimonial.
- De dictarse una sentencia absolutoria, puede solicitarse una indemnización por los daños y perjuicios causados.
- La gestión de los bienes embargados se realiza por la ORGA.

2.3. El procedimiento de decomiso autónomo

El procedimiento del denominado decomiso autónomo se encuentra regulado en los artículos 803 ter e al 803 u de la LECrim.



Se trata de un procedimiento, que aunque se suscita ante la justicia penal, es independiente del proceso penal encaminado al establecimiento de la responsabilidad. Su objetivo específico es el decomiso de los bienes. De este modo es el procedimiento que se utiliza en los casos del comiso sin condena o en aquellos casos en que durante el proceso penal no se han podido determinar los bienes objeto del comiso, y el juez se ha limitado a indicar genéricamente su procedencia en la sentencia.

El diseño del proceso se articula conforme al modelo del juicio verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento civil. No obstante, en modo alguno puede considerarse un proceso civil, prueba de ello es que es instruido por el Juez de Instrucción y el Fiscal tiene en él un papel muy relevante. De un lado, este procedimiento sólo es posible, en el caso del decomiso sin condena, cuando se solicita expresamente por el Ministerio Fiscal durante el proceso, concretamente,

en el momento de realizar la calificación provisional de los hechos. De otro, es el Fiscal quien ordena las diligencias de investigación necesarias para localizar los bienes, valiéndose de la Oficina de Recuperación de Activos o por medio de la policía judicial. El Fiscal tiene también capacidad de recabar de las autoridades y funcionarios la colaboración y dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos o a cualquier persona física y jurídica para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

El condenado o el acusado rebelde participa en el procedimiento, mediante abogado y procurador. El procedimiento da comienzo mediante demanda y en él participan el condenado y en su caso la persona declarada en rebeldía. La sentencia dictada en el seno de este procedimiento goza de toso los efectos materiales de cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción. No obstante, es posible abrir un ulterior proceso penal por los mismos hechos (por ejemplo, en los

casos de que el procedimiento de comiso obedezca a la situación de rebeldía). Si la posterior sentencia penal contuviera alguna contradicción con los hechos derivados del procedimiento de decomiso autónomo, es posible interponer un recurso de revisión por este motivo (803 *ter r*).

En el caso del llamado “decomiso de terceros” puede articularse mediante dos caminos. El primero de ellos sería participando plenamente en el proceso penal desde el momento en que la propiedad sobre sus bienes pueda ser afectada. El segundo sería a través del procedimiento de decomiso autónomo al que acabamos de hacer alusión. En el procedimiento, el Juez llamará de oficio a los terceros al proceso a fin de que puedan ejercitar su derecho de defensa.

3 Dimensión institucional: la oficina de recuperación y gestión de activos.



La Oficina de Recuperación de activos, fue creada por la LO 5/2010 como respuesta a los requisitos impuestos por el legislador europeo. La ORGA **tiene consideración de Policía Judicial** y ha sido regulada por el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, configurándola como una herramienta al servicio de los juzgados y tribunales en el marco de los procesos penales, pero también como instrumento de la fiscalía en el procedimiento de decomiso autónomo. Su actuación es particularmente importante en el ámbito internacional, donde se la habilita para el intercambio de la información necesaria.

A instancia del órgano judicial competente, del Ministerio Fiscal o de oficio tienen competencias para localizar bienes en España o en otros Estados y para auxiliar en la gestión de los que se encuentren en España.

Una vez que se haya remitido al órgano judicial la información patrimonial que conste del investigado, el juez o tribunal acudirá a los instrumentos jurídicos necesarios para el embargo o el decomiso de esos bienes en concreto. De este modo se ha evitado lo que tradicionalmente venía a ser el paso previo al decomiso: la comisión rogatoria inicial para la averiguación de bienes en el otro Estado. No obstante, a través de las oficinas de localización, recuperación y gestión de activos no siempre es posible obtener la información patrimonial completa que puede interesar al proceso penal.

IV. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL EN VENEZUELA: LOS CAUCES DE COOPERACIÓN JUDICIAL CON ESPAÑA

Según el esquema trazado, en esta parte nos ocuparemos de la posibilidad de instar desde un proceso penal abierto en Venezuela la recuperación de activos que se encuentran en España.

1 Base jurídica y principios básicos de la cooperación judicial internacional penal en España.

Los actos de cooperación judicial se rigen por el principio de legalidad. En consecuencia, para que España colabore con otro país es necesario que la asistencia esté prevista por una ley en sentido amplio (ley interna o tratado internacional). Dicho de otra forma: **no es posible cooperar sin cobertura legal.**

A diferencia de lo que ocurre en el marco de la cooperación entre los países de la UE⁴⁵, España no cuenta con una norma integral de cooperación judicial internacional en materia penal⁴⁶. Por tanto, la vía común de asistencia judicial penal sigue siendo la convencional, ya sea de tipo multilateral o bilateral (art. 277 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ))⁴⁷. En virtud del art. 94 de la Constitución Española (CE), los tratados internacionales son directamente aplicables en España y

forman parte del ordenamiento jurídico interno tras su publicación en el BOE. Dicho de otra forma, los convenios en vigor en materia de cooperación jurídica internacional son de aplicación directa, no siendo necesaria su implementación a través de ningún acto legislativo.

Esta cooperación judicial, mucho menos avanzada que la que existe en el ámbito de la UE⁴⁹, se rige por los siguientes principios:

- 1) **El principio de reciprocidad:** España ejecuta solicitudes de asistencia judicial en la forma establecida en los tratados y en ausencia de convenio, en la forma que determinen las disposiciones del Gobierno. En cualquier otro caso, indican los arts. 193-194 LECrim, la asistencia judicial estará sometida a reciprocidad.

España y Venezuela han ratificado las tres grandes convenciones internacionales relevantes en materia de recuperación de activos (UNCAC, UNTOC, y Convención sobre tráfico de drogas)⁴⁸. En cambio, no existe ningún convenio bilateral entre España y Venezuela aplicable sobre esta cuestión ni tampoco ningún memorando de entendimiento. Por tanto, el régimen aplicable sería el convencional, si bien teniendo en cuenta que salvo disposición en contra rigen los principios clásicos de la cooperación así como el art. 278 LOPJ que establece cuatro motivos de denegación a los que después se hará referencia.

⁴⁵ Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE.

⁴⁶ Es una vieja reivindicación doctrinal la necesidad de contar con una tal y como ocurre en el ámbito civil. Así, Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [BOE nº 182, de 31.7.2015]. A finales de los años 90 hubo una propuesta. Sobre ella, vid. DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "El proyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia penal", en AA.VV.: *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio. 9-11 de junio de 1999*, 2000, pp. 711-726. Sobre los problemas de no contar con una ley de cooperación jurídica internacional en materia penal, vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis Doctoral inédita, 2017, pp. 92-105.

⁴⁷ Art. 277 LOPJ: "Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia".

⁴⁸ Fuente: United Nations Treaty Collection y Prontuario penal, disponible en <http://www.prontuario.org/prontuario/es/Penal/Consulta/?id0=1> (último acceso 19.8.2020).

⁴⁹ En el marco de la UE rige el principio de reconocimiento mutuo que, a su vez, se caracteriza, por eliminar o flexibilizar los principios tradicionales de la cooperación en aras de una mayor eficacia. Una de las notas características de la cooperación en el ámbito de la UE es su judicialidad, pues el contacto es directo entre autoridades judiciales quedando relegadas las autoridades centrales (gubernativas) a meras receptoras de las solicitudes de asistencia judicial. Para una explicación de los principios de la cooperación clásica y avanzada en el ámbito de la UE, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, op., cit., pp. 91 y ss.

2) El principio de soberanía y

territorialidad: El Estado tiene el poder sobre lo que ocurre en su territorio y posee un amplio margen de discrecionalidad (en su origen arbitrariedad) para decidir si coopera o no con otro Estado. El hecho de que la cooperación clásica se fundamente en argumentos soberanistas y de oportunidad implica que la decisión sobre el acto de cooperar recae no sólo en órganos judiciales, sino también de carácter gubernativo. Ello explica por qué el control de la cooperación está *a priori* en manos de una autoridad central. En el caso de la UNCAC, y como viene siendo habitual, España designó al Ministerio de Justicia como autoridad central encargada de recibir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlos a las autoridades competentes para su ejecución⁵⁰.

El problema es que al no contar con una ley de cooperación judicial internacional en materia penal existe un vacío legal respecto al papel a desempeñar por el Ministerio de Justicia como autoridad central cuando, como aquí ocurre, las comisiones rogatorias deben recibirse por esta vía⁵¹. No está claro el tipo de control que puede hacer la autoridad central, en este caso, el Ministerio de Justicia. Si es un control meramente formal, el Ministerio de Justicia solo podría valorar si la autoridad emisora venezolana es competente, si se ha concretado o no el delito que sustenta el acto de cooperación o el tipo de actividad que se solicita (petición de información sobre cuentas bancarias, embargo preventivo, decomiso, etc.). Un

control material sería mucho más incisivo, pues le permitiría valorar extremos tales como la base jurídica invocada a efectos de cooperación, o si el tipo de diligencia invocada puede hacerse en el marco del tratado invocado, o incluso si lo solicitado vulnera el orden público español. Tal y como indica RODRÍGUEZ- MEDEL⁵² sería necesaria una ley que estableciese qué puede y qué no puede hacer la autoridad central y, a este respecto, sería conveniente que la nueva regulación configurase las autoridades centrales como meros canales de transmisión tal y como ocurre en la UE. Dicho de otra forma, la independencia judicial debería también garantizarse en el caso de la emisión, ejecución o denegación de las solicitudes de asistencia judicial.

3) El principio de doble incriminación:

Precisamente porque el decomiso en España está ligado al procedimiento penal, el delito del que procedan los bienes objeto de decomiso que da pie a la solicitud de asistencia ha de serlo también en España. Aunque los convenios internacionales, por ejemplo, la UNCAC, configuran la doble tipificación de los hechos como un motivo de denegación facultativo, en la práctica veta la cooperación de forma automática.

La invocación de este motivo de denegación podría darse en el caso de una solicitud de embargo o decomiso por la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito. En Venezuela se castiga penalmente al funcionario público que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pueda justificar

⁵⁰ Exceptuados los instrumentos de reconocimiento mutuo aplicables entre EEMM de la UE, pues en estos casos rige el principio de judicialidad.

⁵¹ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza...*, op., cit., p. 93.

⁵² RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza...*, op., cit., p. 93.

(art. 46 de la Ley contra la corrupción)⁵³. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que el control de la doble incriminación no atiende al *nomen iuris*. Por tanto, en estos casos sería recomendable redactar los hechos que sustentan la solicitud de asistencia judicial de tal forma que permitiese al juez español encajarlos en otro delito como puede ser el cohecho, el tráfico de influencias, etc.

4) El principio de especialidad: de forma similar a lo que ocurre en la extradición y en el caso del traslado de personas condenadas, en el caso que nos ocupa, el principio de especialidad puede jugar un rol relevante respecto a las solicitudes de información sobre cuentas y operaciones bancarias. Tradicionalmente, el principio de especialidad implica que los datos de carácter personal comunicados por el Estado requerido al requirente solo se pueden utilizar en los procedimientos o investigaciones para los que se ha solicitado. Dicho de otra forma, las autoridades del Estado requirente (Venezuela) deberán utilizar los elementos de prueba (por ejemplo, extractos bancarios), para investigar o como medio de prueba en el procedimiento/s que da pie a la solicitud de asistencia judicial.

En realidad, el principio de especialidad es una manifestación del principio de soberanía al que anteriormente se ha hecho alusión. El Estado requerido (España) decide el destino y utilización del contenido del acto de cooperación.

No obstante, es posible flexibilizar este principio a través de autorización. Así, por ejemplo, el art. 23.1.d) del *Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000* entre EEMM de la UE permite utilizar la información para cualquier otra finalidad siempre y cuando se cuente con autorización del Estado transmisor o el consentimiento de la persona interesada.

La práctica es muy divergente entre los Estados. Así, por ejemplo, en el caso de la UE, algunas leyes establecen explícitamente que la información transmitida al Estado solicitante de la información solo se puede utilizar para la investigación específica que dio pie a la solicitud. Sin embargo, otras normas no establecen nada al respecto. En España se establecen disposiciones como Estado de emisión (no así de ejecución). En efecto, el art. 193 de la *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE* establece que los datos personales que España haya obtenido de una solicitud de cooperación solo pueden utilizarse en los procesos en los que se hubiera acordado la resolución, salvo excepciones como sería la existencia de un peligro inminente de daño⁵⁴. Nada en cambio se establece cuando España es Estado de ejecución. Por tanto, todo parece indicar que depende de cada caso concreto y, probablemente, se condicione el uso para otros fines a reciprocidad.

⁵³ Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 5637 extraordinario, de 7 de abril de 2003.

⁵⁴ Véase también la Guía sobre la orden europea de investigación, elaborada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 30 de mayo de 2019, p. 12.

También es verdad que en ausencia de disposición normativa suele darse por sentado que las pruebas no se utilizaran para otro fin distinto y de ser así se ha de recabar la autorización del Estado emisor.

En cualquier caso, se recomienda cursar una petición separada antes de utilizar las pruebas con fines distintos a los establecidos en la solicitud inicial⁵⁵.

- 5) Derechos fundamentales y orden público:** las violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en España así como la prueba de que el procedimiento que sustenta el acto de cooperación se ampara en las opiniones políticas del sujeto, su pertenencia a un grupo social determinado, raza, religión, etc., actúan como motivo de denegación.

En este sentido, el TC distingue entre contenido “ad intra” y contenido “ad extra” de un derecho fundamental. El contenido “ad intra” se refiere a la tutela del derecho a nivel interno. Mientras que la proyección “ad extra” del derecho se tiene en cuenta en los casos de cooperación judicial. Dicho de otra forma, la protección de los derechos fundamentales no solo tiene lugar cuando la lesión se produce o puede producir por autoridades españolas, sino también extranjeras en el ámbito de la cooperación judicial internacional.

Aunque la violación indirecta de los derechos fundamentales se ha discutido fundamentalmente en el ámbito de la extradición⁵⁶, su extrapolación al resto de la cooperación judicial es indiscutible, pues se activan las cláusulas de orden público prevista bien por vía convencional o bien a través del art. 278 LOPJ.

⁵⁵ Véase la *Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación*, junio de 2019, p. 16, disponible en [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eu-rojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eu-rojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eu-rojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eu-rojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf) (último acceso 18.08.2020).

⁵⁶ A nivel interno, vid. la STC 91/2000, de 30 de marzo y con anterioridad ya la STC 11/1983, de 21 de febrero. En el ámbito del TEDH, el *leading case es Soering*. Sobre este caso, su impacto en la cooperación y los frentes abiertos, vid. NIETO MARTÍN, A.: “La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos”, en ARROYO, L. et al. (eds.): *Hacia la Abolición Universal de la Pena Capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp.

Sobre la cláusula de orden público, vid. NIETO MARTÍN, A.: “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional”, en DÍEZ-PICAZO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, pp. 453-488.

2 Qué se puede solicitar a España en materia de recuperación de activos⁵⁷

Si se cumplen los requisitos y no concurre ningún motivo de denegación, España deberá ejecutar las solicitudes de decomiso dictadas por Venezuela y además lo hará en una amplia variedad de tipos de decomiso, pues así ocurriría en un caso puramente nacional (directo, por sustitución o equivalente, ampliado) e incluso en determinados supuestos de decomiso sin condena como son los casos de rebeldía o muerte del infractor⁵⁸. Sin embargo, es requisito esencial que el decomiso se haya dictado en Venezuela en el curso de un procedimiento penal. Por tanto, el único tipo de asistencia judicial que no es posible en España sería aquella que versara en una orden de embargo o decomiso gestada en el marco de un procedimiento ajeno al penal, como pueden ser los decomisos civiles o extinciones de dominio. En estos casos, España podría, no obstante, entablar contactos con Venezuela para informarle de las opciones de abrir un procedimiento penal en España. De hecho, cuando la información que llega a las autoridades españolas en el marco de un procedimiento no penal se suele proponer a la autoridad de emisión poder tratar los datos facilitados como un supuesto de intercambio espontáneo de información, para que una vez iniciada o ampliada la investigación en España (si esta llegara a darse), se activasen nuevos cauces de intercambio de información⁵⁹.



La asistencia judicial que prestaría España sería con relación a la identificación o localización del producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; la identificación, el embargo con carácter preventivo y la localización del producto del delito, la adopción de medidas de preservación; y la devolución de activos. Es decir, abarca todas las fases del proceso de recuperación de activos (Tabla 2).

⁵⁷ Véase la Step by step Guide for Asset Recovery, G20, Spain, disponible en <https://star.worldbank.org/sites/star/files/g20-asset-recovery-guide-2013-spain.pdf> (último acceso 19.8.2020).

⁵⁸ *Vide supra* III.

⁵⁹ Esta información ha sido proporcionada por la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía General del Estado.

3 ¿Cuándo tramitar la solicitud de cooperación?

Aunque como se desprende del epígrafe anterior, la cooperación judicial puede acontecer tras el pronunciamiento de una sentencia judicial firme en Venezuela que ordene el decomiso, no es aconsejable esperar tanto, pues ello daría la oportunidad a los infractores (funcionarios corruptos) de transferir los fondos a otras jurisdicciones más beneficiosas (aquellas que tienen secreto bancario o se caracterizan por ser reacias a cooperar). En consecuencia, es recomendable acudir a las autoridades jurisdiccionales españolas desde el minuto cero, siquiera a través de cauces informales. Una toma de contacto prematura es fundamental para entender el ordenamiento jurídico del Estado requirente (en nuestro caso Venezuela) y requerido (España) así como para idear las estrategias para conseguir una recuperación de activos fructífera. Una (video) llamada telefónica puede ser esencial para redactar la comisión rogatoria y conseguir su ejecución. Igualmente, recurrir a las redes de profesionales tipo Edmont, CARIN, etc. es fundamental.

Para la identificación de los bienes y activos ubicados en territorio español, se cuentan con diversas fuentes de información diversas. Así, si un juez español lo autoriza España puede proporcionar información sobre cuentas bancarias a través de su Unidad de Inteligencia Financiera (SEPBLAC). Asimismo, la ORGA bajo orden judicial también puede proporcionar información relevante para

Venezuela, pues tiene acceso, entre otros, al registro de la propiedad de bienes muebles e inmuebles, al registro mercantil (útil para conocer a los directores y accionistas de una empresa, los aumentos de capital, etc.), notariado (donde se sabrán los directores, accionistas y beneficiarios finales de empresas, etc.).

A través de la Agencia Tributaria también se puede proporcionar información sobre el IRPF (impuesto sobre la renta de personas físicas) y el impuesto de sociedades. Asimismo cabe recurrir a las redes de investigación informales como Camden en el ámbito europeo o CARIN a escala internacional. Y, finalmente, cabe solicitar información disponible en registros policiales.

Al margen de lo anterior, Venezuela podría transmitir información pertinente a España sin ser previamente solicitada, para que se iniciase un procedimiento en España, con independencia de que en Venezuela se continuase con la investigación. Y lo mismo desde el lado del Estado español, es decir, España de mutuo propio podría facilitar información a Venezuela sobre bienes y activos que estuviesen en territorio español para que Venezuela investigase o iniciase actuaciones judiciales o presentase una solicitud de cooperación.

4 Requisitos formales⁶⁰

España exige que las solicitudes entrantes de asistencia judicial se presenten, por escrito, y debidamente firmadas por la autoridad judicial en el idioma oficial del país solicitante, y que se acompañen de una la traducción al español así como de todos los documentos pertinentes.

Las solicitudes han de incluir la identidad de la autoridad que hace la solicitud; el objeto e índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones; un resumen de los hechos pertinentes; una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique.

En particular, las solicitudes de embargo preventivo incluirán una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud de la autoridad venezolana.

Por su parte, las solicitudes de decomiso incluirán una copia de la orden de decomiso expedida por la autoridad venezolana competente que sustenta la solicitud, una

exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas en Venezuela para proceder a la notificación a terceros de buena fe, así como un certificado de que la orden de decomiso es definitiva

En cualquier caso, España puede pedir información adicional cuando sea necesario para dar cumplimiento a la solicitud.

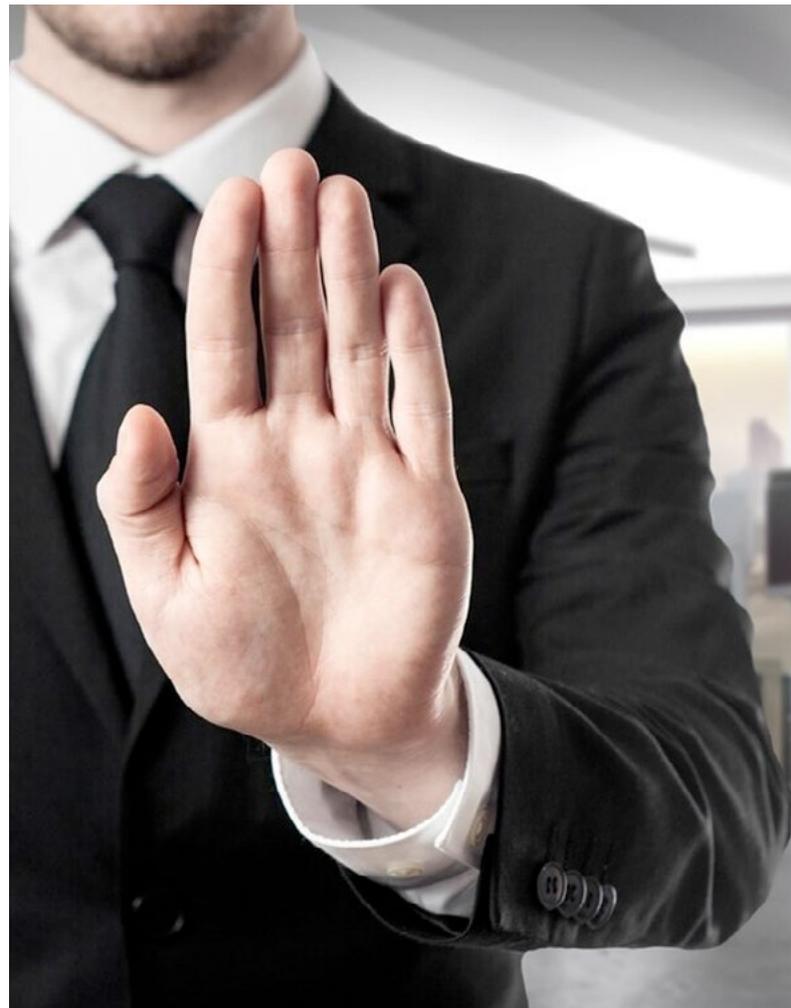
España debe intentar ejecutar la solicitud lo antes posible y tener en cuenta los plazos sugeridos por Venezuela, si bien puede retrasar la ejecución de la solicitud si ello perturbase sus propias investigaciones, procesos o actuaciones judiciales.

⁶⁰ Véase *Requesting Mutual Legal Assistance in Criminal Matters from G20 Countries. A Step-by-Step Guide*, 2012, pp. 89 y ss., disponible en <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/Request-ing%20Mutual%20Legal%20Assistance%20in%20Criminal%20Matters%20from%20G20%20Coun-tries%20-%20A%20step-by-step%20guide.pdf?blob=publicationFile&v=1> (último acceso 19.8.2020).

5 Motivos de denegación

La denegación de la cooperación se hará de forma motivada. Además de los derechos fundamentales y/o la cláusula de orden público como motivos de denegación se estará a lo dispuesto por vía convencional y en su ausencia a lo previsto en el art. 278 LOPJ, el cual añade la falta de competencia exclusiva de la jurisdicción española, la ausencia de competencia para ejecutar el acto por parte de la autoridad judicial española, el incumplimiento de requisitos formales en la solicitud de cooperación judicial (por ejemplo, que la autoridad venezolana que haya iniciado la investigación o procedimiento penal en Venezuela fuese incompetente material y jurisdiccionalmente para solicitar la asistencia.

España también podría denegar la solicitud de ejecución de embargo preventivo o decomiso cuando no reciba pruebas suficientes o los bienes sean de escaso valor (principio de proporcionalidad). El principio de proporcionalidad se materializa en la necesidad de que la adopción de una medida coercitiva sea idónea para la consecución del resultado esperado. Asimismo, la proporcionalidad exige la imposibilidad de alcanzar dicho resultado a través de una medida menos restrictiva de derechos. En definitiva, debe existir un equi-librio entre el objetivo perseguido con la medida coercitiva y el resto de intereses en juego (públicos y/o privados). El secreto bancario no es un motivo de denegación.



MOTIVOS DE DENEGACIÓN

6 Restitución de los bienes

La restitución y disposición de los activos decomisados se hace depender de la existencia de una resolución firme que ordene el decomiso y en ocasiones puede ser necesario emitir una nueva comisión rogatoria específica para la restitución. Otras, se entiende que está implícita en la primera solicitud de decomiso.

La Disposición adicional cuarta de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE, establece unas reglas específicas cuando se trata de la ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la Unión Europea. Si el valor de los bienes, valores y efectos decomisados, una vez descontados los gastos realizados para su localización, administración y conservación⁶¹, fuera inferior a 10.000 euros, el Estado español se convierte en el único adjudicatario de dichos bienes a los que se les dará el destino previsto legal o reglamentariamente.

En el resto de casos, descontados los gastos y a falta de un acuerdo entre ambos Estados, se procederá a un reparto a partes iguales entre el Estado de emisión y el español⁶², siempre y cuando la autoridad competente del Estado de emisión garantice reciprocidad. En este caso, los bienes que quedan en poder del Estado español se destinan igualmente según lo legal o reglamentariamente previsto.

El dinero se transfiere directamente al Estado requirente, mientras que los bienes, valores o efectos de otra naturaleza se vende para después transferir el dinero correspondiente al Estado requirente, salvo que este se oponga.

Nada de lo anterior se aplica si resultan afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español. En este caso, se aplicará la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo⁶³.

⁶¹ En el caso de que se trate de la UE, España sufraga dichos gastos salvo que fueran extraordinarios. En este caso, se pondría en contacto con el Estado de emisión para llegar a un acuerdo (art. 25.2 Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo).

⁶² La cantidad que va a parar a manos del Estado español se ingresa en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, y se transfiere por el Letrado de la Administración de Justicia al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en las normas especiales, en particular, lo dispuesto en el artículo 367 quinquies LECrim.

⁶³ BOE nº 155, de 29/06/1985.

V. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL EN ESPAÑA

1 El delito de blanqueo de capitales como principal delito para la persecución en España

Este epígrafe aborda la recuperación de activos cuando el procedimiento penal se sustancia en España. Normalmente, se trata de procedimientos penales por blanqueo de capitales, pues en estos casos es bastante fácil que los jueces y tribunales tengan competencia jurisdiccional en base al principio de territorialidad (art. 23 LOPJ). Normalmente, esta cláusula de territorialidad se interpreta en sentido amplio entendiendo que los hechos no solo se cometen allí donde se inicia la acción sino también donde tiene resultado. Además, el propio art. 301.4 CP relativo al blanqueo de capitales lo deja claro: “el culpable [de un delito de blanqueo] será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”.

El blanqueo de capitales suele cometerse en varios territorios⁶⁴ (el del Estado requirente y requerido) y cuando ello sea así España tendrá competencia territorial para perseguirlo, siempre y cuando los activos estén vinculados a otros hechos constitutivos de delito en el Estado requirente, por ejemplo, cohecho, malversación, etc. (principio de doble incriminación) y los fondos se transfieran o blanqueen a través de

cuentas españolas o adquisición de bienes en nuestro país.

Es verdad, no obstante, que la persecución por blanqueo de capitales fundamentada en la comisión de un delito cometido en el extranjero es más compleja cuando no existe condena por dicho delito previo. Aquí el juez español para motivar la condena deberá indicar con exactitud cuál es el tipo penal o los tipos penales que considera delito previo y señalar cuáles son los hechos que a su juicio constituyen este delito. Por tanto, no debería ser suficiente con indicar genéricamente una serie de delitos o un delito en concreto, sino más bien hacer referencia a los comportamientos que considera que dieron lugar a ese delito previo. Como señala la jurisprudencia, esto no implica conocer minuciosamente todos los hechos, pues podría no saberse la autoría o incluso qué delito específicamente ha generado los bienes posteriormente blanqueados.

La prensa⁶⁵ ha informado de varios casos actualmente investigados que involucran a personalidades venezolanas y españolas (por ejemplo, del ex-embajador español en Venezuela Raúl Morodo, también perseguido por cargos de corrupción). El caso más ilustrativo es el de la petrolera PVDNM. La fiscalía anticorrupción investiga a varios

⁶⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 8701/2012, de 5 de diciembre. Trata de un caso en el que el sujeto opera a través de un despacho de abogados cuya principal actividad es la inversión en activos inmobiliarios de personas, tanto físicas como jurídicas, no españolas. Para ello, en algunas ocasiones operan directamente la personas físicas extranjeras y en otros casos lo hacen a través de sociedades creadas para ello. En la realización de estas operaciones se produce la comisión del delito de blanqueo de capitales, procediendo éstos de terceros países.

⁶⁵ “La extraña guerra contra la corrupción de la corrupta PDVSA en España”, Fuente: El Confidencial, de 11 de junio de 2020, disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-11/extrana-guerra-corrupcion-pdvsa-espana_2633583/ (último acceso 14.08.2020).

ciudadanos venezolanos por un delito de blanqueo de capitales consistente en la compra de numerosos inmuebles a través de entramados societarios y bancarios registrados en paraísos fiscales.

El delito de blanqueo de capitales tiene como ventaja su mayor facilidad para probarlo. Ello se debe tanto a la propia configuración del delito de blanqueo de capitales en el PC español, como a la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (TS).

A modo de ejemplo puede citarse la STS 801/2010, de 23 de septiembre. En ella se establece que para el enjuiciamiento de los delitos de blanqueo de bienes de procedencia ilegal, no es precisa la condena previa del delito de base del que proviene el capital objeto de blanqueo, de modo que la prueba indiciaria, aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener acreditada su comisión. Se designan como indicios más habituales en este tipo de infracciones: *i)* la importancia de la cantidad de dinero blanqueado, *ii)* la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas, *iii)* lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto, *iv)* la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico,

v) la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones y *vi)* la debilidad de las explicaciones acerca del origen ilícito de esos capitales.

Posteriormente, siguiendo la misma senda, el TS, en su sentencia 811/2012, de 30 de octubre, incluyó nuevos indicios como, *i)* el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, *ii)* la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y, *iii)* la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictiva.

Otra cuestión que facilita la constatación de la existencia de un delito de blanqueo de capitales es la aceptación, por parte de la doctrina jurisprudencial, de la aplicación, sin reservas, del dolo eventual en esta modalidad delictiva. Estos supuestos de dolo eventual incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y pese a ello, actúa, por serle indiferente dicha procedencia⁶⁶.

⁶⁶ Entre otras, SSTs 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2017, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo. En ella se aborda el estudio de un caso en el que el acusado regentaba un despacho de abogados, especializado en inversión en inmuebles por parte de personas no españolas. Uno de los sistemas utilizados por el acusado para facilitar dichas inversiones era el de la creación de sociedades patrimoniales de responsabilidad limitada en España, que estaban participadas por los inversores extranjeros, cuyo capital procedía también de terceros países distintos de España. Mediante estas operaciones inmobiliarias realizadas a través del entramado solitario creado, se produjo la comisión de un delito de blanqueo de capitales en España, pero cuyos fondos provenían del extranjero.

2 Participación de Venezuela y sus instituciones en el proceso penal español

La legitimación activa en el Derecho español para iniciar un proceso penal es muy amplia. Puede ejercer la acción penal el Ministerio Fiscal, la acusación particular e incluso cabe la acción popular.

La acusación particular puede ejercerla cualquier persona ofendida o perjudicada por el delito (sea persona física o jurídica). Según el Tribunal Constitucional español, el ejercicio del derecho del perjudicado a acusar se ampara en el art. 24.1 CE, que consagra como derecho fundamental de toda persona “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. De este modo, el ofendido o perjudicado por el delito está legitimado para el ejercicio de la acción penal con independencia de la actuación del Ministerio Fiscal.

La condición de parte acusadora particular en el proceso penal se puede adquirir inicialmente, mediante la presentación de una querrela o, posteriormente, durante la tramitación del procedimiento, con la personación en el mismo. En uno y otro caso es necesaria la intervención de abogado y procurador de los tribunales.

Además, cualquier ciudadano español (incluidas las personas jurídicas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional), a pesar de no ser ofendido o perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en acusación popular previo cumplimiento de unos requisitos legales⁶⁷.

La necesidad de que el actor popular tenga que tener nacionalidad española limitaría la posibilidad de acceder al proceso por esta vía.

Sin embargo, en delitos que afectan al interés general suele ser el Ministerio Fiscal quien, una vez conocedor de la *notitia criminis*, inicia la investigación pertinente. Así ha sido, precisamente, en el caso PVDNM, pues, por ejemplo, respecto al presidente de Globovisión, Raúl Gorrín, fueron diputados opositores quienes denunciaron los hechos hace unos meses ante la Fiscalía española.

Por otro lado, el perjudicado o víctima por el delito, esto es, quien ejerce la acción civil no puede solicitar el decomiso, puesto que se trata de una consecuencia accesoria distinta de la responsabilidad civil. Si bien, esto no es un inconveniente dado que existe la acusación particular, lo que permitiría solicitar el potencial decomiso.

La responsabilidad civil *ex-delicto* también incluye la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la misma.

Todas las actuaciones judiciales que se realicen con este fin han de dirigirse a la determinación y aseguramiento de los bienes que han de ser restituidos, así como aquellos pertenecientes a las personas que de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal puedan ser civilmente responsables (esto es, las enumeradas en los artículos 116 a 122 del CP). De este modo, entendemos importante señalar que, la reclamación

⁶⁷ La acción popular deriva del art. 125 CE, como derecho de participación de los ciudadanos en la administración de la justicia y, por ello, no se precisa ser perjudicado u ofendido por el delito para ejercerla en los delitos públicos. Tal reconocimiento constitucional tiene reflejo en el art. 19.1 de la LOPJ y en los arts. 101 y 270 de la LECRIM. Para el ejercicio de la acción popular únicamente es necesario la presentación de querrela, prestación de la fianza, fijada por el Juez o Tribunal, para responder de las resultas del juicio y la intervención de abogado y procurador. La acción popular ha jugado un papel importante en nuestro país, en lo referente a la defensa de “intereses difusos”, como en el caso de las asociaciones de derechos humanos en los delitos de tortura o diversas asociaciones en los delitos contra la salud pública o contra el medio ambiente, entre otros.

de la reparación de los daños y perjuicios únicamente puede realizarse en el proceso penal en los supuestos en que la infracción criminal sea productora de un menoscabo en la esfera jurídico- patrimonial del perjudicado. Se trata, pues, de una acción civil que nuestro ordenamiento jurídico permite ejercitar conjuntamente con la penal.

Así las cosas, la determinación y el afianzamiento de los bienes suficientes para cubrir la satisfacción de dicha responsabilidad constituye una de las finalidades de la fase de instrucción del proceso penal.

La tramitación de todas las actuaciones judiciales orientadas a ella se realiza en las llamadas "piezas de responsabilidad civil". En ellas se concreta la cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los artículos 589 y ss, 615 y 764 de la LECrim y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con las demás responsabilidades pecuniarias (costas y multas).

En este proceso cumple un papel de suma importancia el Ministerio Fiscal, puesto que, tal y como se ha puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, serán ellos los que deban promover ante el Juzgado de Instrucción o, en su caso, ante el órgano jurisdiccional competente, la investigación de exhaustiva de los bienes del inculpado, y, en su caso, de las personas que puedan resultar civilmente responsables, para asegurar el pago de las cantidades que, como

responsabilidades pecuniarias, se fijen en la resolución judicial que se dicte.

Respecto a la localización de estos bienes, de acuerdo con el artículo 614 LECrim, es de aplicación directa en el proceso penal la regulación contenida en la LEC. De ella, es necesario destacar que el artículo 589.2, dispone que el requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, cuando menos por la desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren y que, los artículos 590 y 5291 LEC establecen la obligación de todas las personas y entidades públicas y privadas de prestar colaboración en las actuaciones de investigación judicial patrimonial acordadas en materia de embargo y traba de bienes.

En este sentido, los Fiscales deberán de velar, en fase de ejecución de sentencias, por la satisfacción completa de la responsabilidad civil declarada en las mismas, pesando sobre ellos el deber de oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito y la verdadera situación de insolvencia del condenado.

Respecto del caso en que el condenado sea insolvente, surge la duda de qué ocurre en este supuesto. Pues bien, en este caso, el

Fiscal solicitará el archivo provisional y se instará, periódicamente, de conformidad con los criterios que el Fiscal establezca, la revisión de las ejecutorias para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles exigidas.

Por último, no debemos olvidar el artículo 898.2 LECrim, cuya redacción fue modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en el que se establece que a efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito y, sin perjuicio de la aplicación de la LEC, el Letrado de la Administración de Justicia podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales, las actuaciones de investigación patrimonial que sean necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta que no se haya satisfecho, por completo, la responsabilidad civil derivada de la sentencia.

3 Finalidad del decomiso y destino de los bienes decomisados

La finalidad del decomiso es, como se viene apuntando, la privación de los bienes que resultan de la comisión de un delito, de modo que esta figura tiene un carácter retributivo a la vez que cumple una finalidad específica de prevención general y especial en el caso de determinados delitos.

En cuanto al destino de los bienes, opera como regla general la prevista en el artículo 126 del CP. En él se prevé el orden de imputación de pagos del penado o terceros civilmente responsables, a efectos de responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias.

En principio, al estar ante una responsabilidad pecuniaria, deberíamos de atenernos al orden establecido en el precepto citado. Sin embargo, no resulta fácil debido a la dispersión normativa y a la ausencia de una perspectiva global de la institución del decomiso. Aludiendo a la mencionada dispersión normativa, podemos observar diferentes normas:

En primer lugar, tomando como referencia el artículo 126 CP, podemos entender que las cantidades obtenidas por el decomiso se destinan según el orden genérico previsto en él, tal y como se deduce del art. 367 *quinquies* de la LECrim, en el que se anteponen los pagos de la responsabilidad civil en las que se incluye las indemnizaciones a las víctimas. Esta interpretación resulta avalada por lo dispuesto *sensu contrario* en el art. 374.2 CP al regular la especialidad en los casos de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, *“los productos o instrumentos (...) no podrán ser aplicados a la satisfacción de*

las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

En segundo lugar, en atención al art. 367 *quinquies* LECrim se dispone que las cantidades obtenidas de los efectos judiciales realizados, tras descontar los gastos ocasionados por la conservación y realización, se destinan al pago de las responsabilidades civiles y costas, aunque, también pueden destinarse a la ORGA y al Ministerio Fiscal si así se determina reglamentariamente.

Pues bien, como dijimos, en relación con la ORGA, en los art. 3 y 16 del RD 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula, se establece un orden de imputación que se encabeza por los programas de atención a las víctimas, aunque primero se sufragan los gastos de mantenimiento de la propia ORGA. Por tanto, podemos decir que, de acuerdo con estas normas, en cuanto al destino de los frutos del decomiso, tendría como primer destinatario el sufragio de los gastos en los que hubiese incurrido la ORGA, en orden a la conservación y realización de los activos y, en segundo lugar, se destinarían a los programas de atención a las víctimas o, en el supuesto de que así hubiese sido acordado, a la satisfacción de las indemnizaciones de las víctimas.

Esta sería la regla general de la que solo se excepcionan los casos expresamente previstos por el legislador por razones de política criminal tal y como ocurre en el caso de los delitos de tráfico de drogas. Como ya se ha indicado, en estos casos los bienes decomisados se destinarán íntegramente al Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States, Laws and Practices*, Center for the Study of Democracy, 2014.
- ALLDRIDGE, P.: *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003. *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for On-going Work on Asset Recovery*, October 2012.
- BLANCO CORDERO, I.: "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", en *ReAIDP*, 2007, p. 16.
- CARRILLO DEL TESO, A.E.: *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- CHAMBERLAIN, K.: "Recovering the proceeds of corruption", en *Journal of Money Laundering*, vol. 6, n° 2, 2002.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "El proyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia penal", en AA.VV.: *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio. 9-11 de junio de 1999*, 2000, pp. 711-726. Sobre los problemas de no contar con una ley de cooperación jurídica internacional en materia penal, vid.
- G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets. G8 Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. Final version dated April 27, 2005.
- GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, StAR, 2009.
- Guía sobre la orden europea de investigación*, elaborada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 30 de mayo de 2019.
- Informe de la Comisión al PE y al Consejo: Recuperación y decomiso de activos - Garantizar que el delito no resulte provechoso*, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final.
- International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations*, 2012 (actualizadas en 2019).
- JIMÉNEZ FRANCO, E.: "La falta de transparencia en la recuperación de activos: Incumplimiento normativo y mala administración", en RODRÍGUEZ GARCÍA ADÁN, N. et al. (eds.): *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- MARCHENA GÓMEZ, M./GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, N.: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015". *Castillo de Luna Ediciones jurídicas. Madrid, 2015*.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- Naciones Unidas, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999).
- NIETO MARTÍN, A.: "El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional", en DÍEZ-PICAZO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, pp. 453-488.
- NIETO MARTÍN, A.: "La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos", en ARROYO, L. et al. (eds.): *Hacia la Abolición Universal de la Pena Capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp.
- Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación*, junio de 2019, p. 16, disponible en [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/201906-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/201906-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf) (último acceso 18.08.2020).
- PRIETO DEL PINO, A.M.: "Asset Recovery: ... Gonna Try with a Little help from our friends...", en NIETO MARTÍN, A./GARCÍA MORENO, B. (dirs.): *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- Requesting Mutual Legal Assistance in Criminal Matters from G20 Countries. A Step-by-Step Guide*, 2012, pp. 89 y ss., disponible en https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/Requesting%20Mutual%20Legal%20Assistance%20in%20Criminal%20Matters%20from%20G20%20Countries%20-%20A%20step-by-step%20guide.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (último acceso 19.8.2020).
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: "La Oficina de recuperación y gestión de activos: protección de datos y transparencia", en *La Ley Penal*, 2018, n° 132.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis Doctoral Inédita, 2017.
- ROIG TORRES, M.: "El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018.
- SANTANDER ABRIL, G.G.: "La emancipación del comiso del proceso penal...", op., cit., p. 437.
- Step by step Guide for Asset Recovery*, G20, Spain, disponible en <https://star.worldbank.org/sites/star/files/g20-asset-recovery-guide-2013-spain.pdf> (último acceso 19.8.2020).
- TRINCHERA, T.: "Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime", en *Criminal Law Forum*, 2020, n° 39.
- Unidades de inteligencia financiera: Panorama general* -Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial.



Estados Unidos

Recuperación del producto
de delitos extranjeros
ubicados en
Estados Unidos

Stefan D. Cassella¹

ÍNDICE

I. Introducción.....	48
II. Ejecución de una sentencia de decomiso del extranjero en Estados Unidos.....	49
A. Procedimiento para aplicar una sentencia extranjera	
B. Requisitos que deben cumplirse	
C. El papel del tribunal	
D. Los “requisitos del debido proceso”	
E. Intervención de terceros	
F. Órdenes de restricción	
G. Repatriación de la propiedad	
III. Utilizar el decomiso sin condena para recuperar las ganancias de crímenes extranjeros.....	59
A. ¿Qué es un decomiso sin condena?	
B. Prueba del delito y su relación con la propiedad	
C. El requisito de rastreo	
D. Procedimiento en un caso de decomiso sin condena	
E. Uso del decomiso sin condena para recuperar las ganancias de crímenes cometidos en el extranjero	
F. Ejemplos de casos de decomiso sin condena que impliquen delitos en el extranjero	
G. Cleptocracia y corrupción pública	
H. Interponer una solicitud para entablar una acción de decomiso sin condena	
IV. Conclusión.....	71

I. INTRODUCCIÓN

Es común que las ganancias de delitos cometidos en países extranjeros se depositen o se inviertan en propiedades en Estados Unidos. Naturalmente, a estos países les interesa recuperar esos bienes, y Estados Unidos ha expresado su compromiso para colaborar en esa tarea.

Hay dos formas principales para lograr este objetivo. El primero es que los propios tribunales del gobierno extranjero emitan una orden de decomiso o incautación de bienes ubicados en Estados Unidos –como parte de un proceso penal o en virtud de una causa de incautación independiente de una condena– y solicite asistencia a Estados Unidos para que dicha orden sea registrada y ejecutada por un tribunal federal. La segunda consiste en que el gobierno extranjero presente las pruebas que vinculan los bienes en Estados Unidos a un delito cometido en el extranjero ante el Departamento de Justicia de Estados Unidos, que podrá utilizarlas para iniciar una acción de decomiso sin condena contra los bienes en virtud de la legislación federal.

En cualquier caso, el resultado sería la interposición de una orden ante un tribunal federal de Estados Unidos que permitiría repatriar los bienes al país extranjero.

En este artículo se describen los procedimientos que se aplican a estas dos formas de recuperar y repatriar los bienes. En la primera parte se examina el marco legal para registrar y ejecutar una orden de decomiso o incautación proveniente del extranjero y los requisitos que deben cumplirse para que el caso se resuelva con éxito. En la segunda parte se explica lo que significa interponer una solicitud de decomiso sin condena en Estados Unidos, y cómo puede utilizarse ese proceso para recuperar los bienes con arreglo a la legislación de Estados Unidos.²

¹ El autor es un exfiscal federal que se especializó en cuestiones de decomiso de activos y blanqueo de dinero, con una trayectoria de 30 años en el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Ahora trabaja como consultor y testigo experto en Asset Forfeiture Law, LLC, www.assetforfeiturelaw.us. Es el autor del tratado *Asset Forfeiture Law in the United States* (2° ed. 2013) (Juris, Nueva York).

² En Estados Unidos, el término “incautación” se aplica tanto a las causas civiles como a las penales. En otros países, el “decomiso” se aplica únicamente a los procedimientos civiles o “no basados en una condena”, mientras que “incautación” es el término que se aplica a las sentencias penales. Así pues, la expresión “sentencia de decomiso o incautación” deja claro que el artículo 2467 autoriza la ejecución de sentencias tanto civiles como penales. Véase también el artículo 2467(d)(3)(A)(i) (que autoriza expresamente la restricción de bienes “sujetos a decomiso civil o penal”). Para simplificar, a menos que se cite la ley, utilizaré el término “sentencia de decomiso”, entendiendo que se aplica igualmente a lo que un país extranjero puede llamar “sentencia de incautación”.

II. EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA DE DECOMISO DEL EXTRANJERO EN ESTADOS UNIDOS

Una de las claves para detener el flujo de las ganancias de delitos a través de fronteras internacionales es que los países encuentren la forma de reconocer y hacer cumplir las órdenes judiciales de otros países. Es de particular importancia que los países en los que están ubicadas las ganancias del delito puedan hacer cumplir las órdenes emitidas por tribunales extranjeros de decomisar o confiscar dichas ganancias derivadas de delitos ocurridos dentro de su jurisdicción. Asimismo, es importante que esos países puedan hacer cumplir una orden extranjera de congelación o confiscación de esos bienes para asegurarse de que se mantengan en el país mientras esté pendiente el procedimiento de decomiso emitido en el extranjero.

La necesidad de tales procedimientos es evidente, pero los medios para ponerlos en práctica no son tan obvios. De hecho, actores políticos, académicos y analistas han debatido sobre soluciones a este problema durante décadas.³

Hasta el año 2000, Estados Unidos no tenía medios para hacer ejecutar una orden de decomiso del extranjero. Por el contrario,

los tribunales habían señalado que, en virtud de una disposición del derecho anglosajón conocida como “norma penal”, los tribunales federales tenían prohibido hacer cumplir las leyes penales extranjeras, incluidas las sentencias de decomiso penal y civil.⁴

Sin embargo, en el año 2000, el Congreso de Estados Unidos promulgó por primera vez una ley que tipifica un procedimiento por el cual se puede ejecutar una orden de decomiso del extranjero contra bienes ubicados en Estados Unidos.⁵ La ley se titula “Ejecución de una sentencia extranjera”, y está codificada en el Título 28 del Código de Estados Unidos, Sección 2467 (28 U.S.C. § 2467).⁶



Congreso de los Estados Unidos

³ Véase Stefan D. Cassella, “The Recovery of Criminal Proceeds Generated in One Nation and Found in Another,” 9 J. de Financial Crime 268 (2002) (trabajo presentado en el 19° Simposio Internacional de Cambridge sobre Delitos Económicos, Universidad de Cambridge, septiembre de 2001).

⁴ Estados Unidos contra la República Federativa de Brasil, 748 F.3d 86, 95-97 (2° Cir. 2014).

⁵ Reforma de la Ley decomiso de activos de 2000, Pub.L. 106-185, § 15(a), 114 Stat. 219 (25 de abril de 2000).

⁶ Véase Reforma de la Ley decomiso de activos, H.R. Rep. 105-358(I), 105° Cong., 1° Ses., 1997 WL 677201 (Leg. Hist.) (1997) (donde se establece que el propósito de la ley es dar a los gobiernos extranjeros que han obtenido sentencias de decomiso penal o civil en sus tribunales una forma de acceder a los tribunales de Estados Unidos que tienen la facultad de garantizar la ejecución de esas sentencias). La ley fue redactada por el Departamento de Justicia y se incluyó por primera vez en el proyecto de ley de reforma de decomiso de activos del en 1996. Véase Historia legislativa, Ley de activos civiles (CAFRA) de 2000 (publicación del Departamento de Justicia) (2000) en 55, 98.

El Departamento de Justicia de Estados Unidos asigna una alta prioridad a las solicitudes de asistencia de países extranjeros para restringir, confiscar, y en última instancia, repatriar activos obtenidos con delitos extranjeros, y ha expresado su compromiso a utilizar la Sección 2467 para tal fin. Como se explica en su Manual de política de decomiso de activos, el Departamento considera que “es importante que Estados Unidos actúe de manera afirmativa en dichas solicitudes, de modo que no se perciba erróneamente que se está convirtiendo en un refugio para el producto de delitos extranjeros y otros bienes que pueden decomisarse en virtud de leyes extranjeras”.⁷

A Procedimiento para aplicar una sentencia extranjera

El proceso de ejecución de un fallo de decomiso extranjero comprende varios pasos: el gobierno extranjero hace una solicitud formal a Estados Unidos para ejecutar su fallo; el Fiscal General certifica que hacerlo redundaría en interés de la justicia; el Departamento de Justicia presenta una solicitud para ejecutar el fallo en un tribunal federal; y el tribunal emite las órdenes que sean necesarias para ejecutar el fallo y repatriar la propiedad al estado extranjero.

Así pues, una acción para ejecutar una sentencia de decomiso del extranjero en virtud del artículo 2467 es una acción iniciada por Estados Unidos en nombre de un gobierno extranjero. En dicha acción, Estados Unidos es el “demandante” y cualquier persona que

se vea afectada por la sentencia extranjera y que se oponga a su ejecución es el “demandado”.⁸ Ni los gobiernos extranjeros ni las víctimas de delitos extranjeros tienen derecho a iniciar una acción de aplicación de la ley en virtud del artículo 2467 por su cuenta.

1) La solicitud

El primer paso es que el gobierno extranjero envíe una solicitud para la aplicación de su sentencia al Fiscal General que incluya la siguiente información:

- (A) Un resumen de los hechos del caso y una descripción de las actuaciones que dieron lugar a la sentencia de decomiso o incautación;
- (B) Una copia certificada de la sentencia de decomiso o incautación;
- (C) Una declaración jurada en la que se establezca que la nación extranjera tomó medidas, de conformidad con los principios del debido proceso, para notificar las actuaciones a todas las personas involucradas en los bienes con tiempo suficiente para que dichas personas pudieran ejercer su derecho a la defensa en relación con la acusación y que la sentencia dictada está en vigor y no puede ser objeto de apelación;
- (D) La información y las pruebas adicionales que requiera el Fiscal General o la persona que éste designe.⁹

⁷ *Asset Forfeiture Policy Manual* (2019), Cap. 8, Sec. II.

⁸ 28 U.S.C. § 2467(c)(2)(A).

⁹ 28 U.S.C. § 2467(b)(1), citado en *Aplicación de sentencia de decomiso de Filipinas*, ___ F. Supp.3d ___, 2020 WL 990032 (S.D.N.Y. 27 de febrero de 2020).

2) La certificación

Corresponde al Fiscal General (o a la persona que este designe) determinar si sería “en interés de la justicia” certificar la solicitud extranjera. Su decisión de hacerlo –despejando así el camino para el inicio de una acción de ejecución– o su negativa a certificar la solicitud por cualquier razón, es definitiva y no está sujeta a revisión judicial.¹⁰

Básicamente, el proceso de certificación es un medio por el cual el Departamento de Justicia se asegura de que se dispone de toda la información necesaria para proceder a una acción de aplicación de la ley en virtud del artículo 2467, y de que la sentencia extranjera se obtuvo de una manera que se ajusta a “los principios del debido proceso”. Estados Unidos no está obligado a ejecutar las sentencias obtenidas en virtud de regímenes que no respetan los derechos procesales de los acusados en causas penales y de los propietarios de bienes, y el proceso de certificación se considera la primera línea de defensa ante esa posibilidad.¹¹

Si bien la decisión del Fiscal General de certificar o no certificar la solicitud extranjera no está sujeta a revisión judicial, la verificación de que la sentencia extranjera se obtuvo de conformidad con los principios de las garantías procesales no es el último recurso. Como veremos, los tribunales también tienen la

función de garantizar que se resguarden los derechos del propietario de los bienes en el procedimiento en el tribunal extranjero que dio lugar a la sentencia de decomiso.

3) Interponer una solicitud

Una vez que el Fiscal General certifica la solicitud, el siguiente paso es que el gobierno “interponga una solicitud en nombre de una nación extranjera en un tribunal de distrito de Estados Unidos con el fin de ejecutar la sentencia de decomiso o incautación extranjera como si la sentencia hubiera sido dictada por un tribunal de Estados Unidos”.¹² La solicitud puede presentarse en Washington, D.C. o en cualquier otro distrito de Estados Unidos en el que se encuentren los bienes sujetos a incautación.¹³

No existe ningún requisito de que el gobierno extranjero interponga su solicitud para ejecutar su sentencia de decomiso dentro de un lapso específico. De hecho, la solicitud no puede hacerse hasta que se resuelvan todas las apelaciones en los tribunales extranjeros y la sentencia de decomiso sea definitiva. Sin embargo, una vez hecha la solicitud, Estados Unidos debe presentar su solicitud de ejecución del fallo dentro de los cinco años siguientes a la recepción de la solicitud.¹⁴

¹⁰ *Id.* § 2467(b)(2).

¹¹ Véase H.R. Rep. 105-358(I), supra nota 6 (“No obstante, no se permitiría a la Parte Solicitante solicitar la ejecución sin la aprobación del Departamento de Justicia de Estados Unidos, lo que permitiría a Estados Unidos excluir las solicitudes que sean deficientes en cuanto a los hechos o que se basen en procedimientos extranjeros inaceptables”).

¹² 28 U.S.C. § 2467(c)(1).

¹³ *Id.* § 2467(c)(2)(B). Véase: Aplicación de sentencia de decomiso de Filipinas, 2019 WL 3084706 (D.D.C. 15/07/2019) (que concede el cambio de jurisdicción en la acción § 2467 del Distrito de Columbia al Distrito Sur de Nueva York donde, en virtud del litigio previo sobre la propiedad confiscada, y porque los tribunales de ese distrito están más familiarizados con el caso).

¹⁴ Aplicación de sentencia de decomiso de Filipinas, ___ F. Supp.3d ___, 2020 WL 990032 (S.D.N.Y. 27/02/2020) (porque la acción para ejecutar una sentencia de decomiso extranjera es distinta de la acción para obtener el orden de decomiso, el período de prescripción de 5 años para entablar una acción con arreglo al artículo 2467 no comienza cuando se comete el acto que da lugar al decomiso, sino a partir de la fecha en que el gobierno extranjero solicita a Estados Unidos que ejecute su sentencia).

4) La orden judicial

Una vez presentada la solicitud de ejecución de la sentencia extranjera, el tribunal emitirá una orden de ejecución de la sentencia si considera que se cumplen los criterios para ello.

B Requisitos que deben cumplirse

El artículo 2467 define la “sentencia de decomiso o confiscación” como “una *orden definitiva de una nación extranjera* que obliga a una persona o entidad:

(A) a pagar una suma de dinero equivalente a las ganancias de... cualquier violación de una ley extranjera que constituya una violación o un delito por el que se puedan confiscar bienes en virtud de la ley federal si el delito se comete en Estados Unidos, o cualquier delito extranjero tipificado en la sección 1956 c) 7) B) del título 18, o bienes cuyo valor corresponda a dichas ganancias;

“(B) a decomisar los bienes involucrados en la comisión de tal delito o que puedan ser atribuidos a la comisión de tal delito”.¹⁵

A su vez, el término “nación extranjera” se refiere a cualquier país con el que Estados Unidos tenga un tratado bilateral u otro acuerdo internacional formal de asistencia mutua en

materia de decomiso o que sea parte en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.¹⁶

En términos llanos, para que una sentencia de decomiso extranjera se ejecute en Estados Unidos:

- Debe ser una orden definitiva¹⁷
- Debe ser una orden de un tribunal de un país con el que Estados Unidos tenga un tratado u otro acuerdo de asistencia en materia de decomiso
- Puede ser una orden de decomiso penal o una orden de decomiso no basada en una condena (o “civil”)¹⁸
- Puede ser por una suma de dinero o por la recuperación de un bien específico
- Debe basarse en un delito que daría lugar a un decomiso en virtud de la legislación federal si el delito se cometiera en Estados Unidos, o en uno de los delitos extranjeros tipificados en la ley federal sobre el blanqueo de dinero, 18 U.S.C. § 1956 c) 7) B)

Este último requisito se denomina requisito de doble incautación. En Estados Unidos, no todos los delitos dan lugar a confiscación de bienes. Hay diversas leyes de decomiso dispersas por todo el código penal federal, pero la ley general de decomiso, 18 U.S.C. § 981 (a) (1)(C), limita el decomiso a unos 250 delitos estatales, federales y extranjeros tipificados.¹⁹

¹⁵ *Id.* § 2467(a)(2) (cursivas nuestras).

¹⁶ *Id.* § 2467(a)(1).

¹⁷ Véase: Banco de Comercio, 890 F.3d 301 (D.C. Cir. 2018) (debido a que se estaba apelando la orden de confiscación penal extranjera, no se pudo ejecutar en virtud de los apartados b) y c) del artículo 2467).

¹⁸ 28 U.S.C. § 2467(d)(3)(A)(i) (donde se autoriza expresamente la restricción de bienes sujetos a decomiso penal o civil en virtud la legislación extranjera). Véase *Luan contra Estados Unidos*, 722 F.3d 388, 400 (D.C. Cir. 2013) (donde se rechaza el argumento del demandado de que el párrafo 3 del artículo 2467 d) se limita a la ejecución de órdenes de restricción emitidas en casos de decomiso civil en el extranjero).

¹⁹ La lista comprende una serie de descripciones y referencias cruzadas a los delitos estatales y federales establecidos en el art. 18 U.S.C. § 1956 c) 7), así como seis categorías de delitos extranjeros contemplados en el artículo 1956 c) 7) B).

La lista es extensa, pero no es exhaustiva. En consecuencia, en la mayoría de los casos el gobierno extranjero solicitante tendrá que demostrar que la sentencia de decomiso se basó en un delito que es el equivalente funcional de uno de los 250 delitos tipificados.²⁰

Por ejemplo, si el delito que dio lugar a la sentencia de decomiso fue un fraude de inversiones que involucra a inversionistas privados, en la solicitud de ejecución de la sentencia se podría mencionar que el fraude de inversiones es el equivalente al fraude por correo o por transferencias bancarias en virtud de la ley federal, 18 U.S.C. §§ 1341 y 1343, respectivamente, para el que se autoriza el decomiso en virtud del art. 18 U.S.C. § 981 a) 1) C).

El gobierno solicitante también podría cumplir el requisito de doble incautación demostrando que la sentencia de decomiso se basó en una de las seis categorías de delitos extranjeros tipificados en el artículo 1956 c) 7) B), entre los que se incluyen los siguientes:

- i. Tráfico de estupefacientes
- ii. Delitos de violencia como asesinato, secuestro, robo o extorsión
- iii. Fraude bancario
- i. Soborno de un funcionario público o apropiación indebida de fondos públicos por parte de un funcionario público
- ii. Contrabando de armas

iii. Trata de personas

Existe también una categoría general que incluye los delitos que pueden dar lugar a extradición en virtud de un tratado multilateral en el que Estados Unidos sea parte.²¹

C El papel del tribunal

Una vez que Estados Unidos inicia una acción de aplicación de la ley presentando una solicitud en nombre del gobierno extranjero, el caso queda en manos del tribunal federal. La ley establece que el tribunal debe admitir la solicitud a menos que considere que se aplica una de las cinco excepciones. Concretamente, el apartado 1 del párrafo d) del artículo 2467 defino lo siguiente:

“El tribunal de distrito dictará las órdenes necesarias para ejecutar la sentencia en nombre de la nación extranjera, a menos que el tribunal considere que:

- (A) La sentencia se dictó con arreglo a un sistema con tribunales o procedimientos que son incompatibles con las exigencias del debido proceso legal
- (B) El tribunal extranjero no tiene jurisdicción personal sobre el demandado
- (C) El tribunal extranjero no tiene de jurisdicción sobre la causa

20 Cf. en Decomiso de aproximadamente 12.116.153,16 dólares e intereses devengados en moneda estadounidense, 903 F. Supp.2d 19, 35 (D.D.C. 2012) (la orden de restricción emitida por un tribunal brasileño basada en el blanqueo de dinero y en la operación de un negocio cambiario ilegal satisfacía el requisito de doble incautación; las disposiciones eran análogas a la incautación en virtud del artículo 982 a) 1) por violaciones de los artículos 1956 y 1960); en Restricción de todos los activos ... en UBS Financial Services, Inc, 860 F. Supp. 2d 32, 41-42 (D.D.C. 2012) (donde se cuestiona pero no se decide si el requisito de “doble decomiso” del artículo 2467 d) 3) se aplica a la ejecución de una orden de restricción previa al juicio, pero se sostiene que en cualquier caso una investigación sobre blanqueo de dinero satisface ese requisito).

21 18 U.S.C. § 1956(c)(7)(B)(i)-(vii). Véase Estados Unidos contra Propiedad inmueble ubicada en 9144 Burnett Road, 104 F. Supp.3d 1187 (W.D. Wash. 2015) (decomiso basado en un delito fiscal rumano con respecto al cual Estados Unidos estaba obligado a extraditar al infractor en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

- (D) La nación extranjera no tomó medidas, de conformidad con los principios del debido proceso, para notificar las actuaciones a una persona con un interés en la propiedad con tiempo suficiente para que pudiera defenderse
- (E) La sentencia se obtuvo de manera fraudulenta”.²²

Es importante señalar que la ley no permite que el tribunal federal investigue en detalle la orden extranjera para fundamentar el sustento del caso.²³ En otras palabras, la acción de aplicación del artículo 2467 no tiene por objeto dar a las personas afectadas por la orden extranjera una segunda oportunidad.²⁴ Esto se define explícitamente en el apartado e) del artículo 2467:

“(e) Carácter definitivo de los hallazgos extranjeros: al dictar las órdenes de ejecución de la sentencia, el tribunal quedará obligado por el hallazgo de los hechos en la medida en que éstos se especifiquen en la sentencia extranjera de decomiso o incautación”.

Los “requisitos del debido proceso”

No es de extrañar que la cuestión que genera más controversia sea la de si la sentencia extranjera se dictó de conformidad con las no-

ciones de lo que constituye el debido proceso legal para Estados Unidos. Véanse los apartados A y D del párrafo 1 del artículo 2467 sección d), citados anteriormente. Siempre habrá diferencias en el procedimiento de un país a otro: uno puede hacer recaer la carga de la prueba en el demandado o el propietario de los bienes, mientras que otro puede hacer recaer la responsabilidad en el Estado; uno puede exigir pruebas más allá de toda duda razonable, mientras que otro puede aprobar una sentencia de decomiso basándose en un equilibrio de las probabilidades; y uno puede exigir una forma de notificar la acción de decomiso a las personas afectadas distinta a la que la que exigiría otro Estado. La cuestión es cuándo estas diferencias inevitables llegar a ser procedimientos “incompatibles con los requisitos del debido proceso legal”.

Hasta ahora, los tribunales federales de Estados Unidos se han mostrado reacios a considerar las diferencias de procedimiento como obstáculos para la ejecución de las sentencias de decomiso extranjeras. En un caso anterior, un tribunal señaló que un tribunal de Estados Unidos “no debe juzgar a la ligera el sistema jurídico de un país extranjero soberano”, y que las diferencias menores de procedimiento, como la posibilidad de emitir una orden ex parte y la posibilidad de apelar directamente, no bastan para rechazar una solicitud de ejecución de una orden de alejamiento extranjera.²⁵

²² 28 U.S.C. § 2467(d)(1).

²³ Véase: Aplicación de sentencia de decomiso de Filipinas, ___ F. Supp.3d ___, 2020 WL 990032 (S.D.N.Y. 27/02/2020) (“el procedimiento del artículo 2467 no revisa el fondo de la sentencia extranjera”); en: Aplicación de sentencia de decomiso de Filipinas, 2020 WL 391947, *6 (S.D.N.Y. 24/01/2020) (que sostiene que “la única cuestión objeto del procedimiento [es] si la sentencia extranjera presenta alguno de los cinco defectos enumerados en el artículo 2467(d)(1)”).

²⁴ Véase \$6,871,042.36 e intereses acumulados, 217 F. Supp.3d 84, 97 (D.D.C. 2016) (haciendo referencia a los antecedentes legislativos y sosteniendo que el Congreso tenía la intención de impedir que los litigantes “dieran dos oportunidades planteando objeciones a la base del decomiso en el tribunal federal” que se plantearon o podrían haberse planteado en el tribunal extranjero).

²⁵ En Restricción de todos los activos... en UBS Financial Services, Inc., 860 F. Supp. 2d 32, 42 (D.D.C. 2012). Véase también Decomiso de aproximadamente \$12.116.153,16 e intereses acumulados en moneda estadounidense, 903 F. Supp.2d 19, 33-34 (D.D.C. 2012) (donde se concluye que los procedimientos de decomiso penal del Brasil se ajustan a las debidas garantías procesales; el hecho de que el demandante tenga la carga de probar la falta de garantías procesales no constituye en sí mismo un delito).

E Intervención de terceros

Los redactores del artículo 2467 probablemente asumieron que cualquier litigio sobre la ejecución de una sentencia de decomiso extranjera involucraría únicamente al gobierno (que intenta ejecutar la sentencia en nombre del país extranjero) y a la persona contra la que se había dictado la orden extranjera (el acusado en una causa penal o el propietario de los bienes decomisados). En realidad, ha habido varios casos en que terceros han intentado intervenir en oposición a la ejecución de una orden judicial. En algunos casos, los tribunales han permitido la intervención; pero en todos ellos han sostenido que los terceros se han limitado a impugnar la ejecución de la orden de decomiso por los mismos motivos por los que el demandado o el propietario de los bienes podrían impugnarla.

Por ejemplo, en un caso el gobierno de Filipinas obtuvo una sentencia de decomiso de los bienes del expresidente Ferdinand Marcos que se encontraban en Nueva York, y pidió a Estados Unidos que registraran y ejecutaran la orden. Cuando el gobierno inició su acción en virtud del artículo 2467, dos partes se movilizaron para intervenir. Una era el banco filipino en cuya cuenta estaba depositado el dinero en Nueva York; la otra era un grupo de 9.000 víctimas de derechos humanos que habían obtenido una sentencia personal contra el patrimonio de Marcos y la habían utilizado para obtener un embargo judicial contra los bienes en Nueva York.

El tribunal señaló que el banco era simplemente un intermediario que no tenía ningún interés jurídico en los activos en sí y que, por lo tanto, carecía de legitimidad para intervenir en el caso.²⁶ Por otra parte, sostuvo que las víctimas sí tenían un interés legal en los bienes en virtud de la sentencia de embargo. En consecuencia, se permitió a las víctimas intervenir,²⁷ pero el tribunal dejó claro que los motivos por los que podían oponerse a la ejecución de la sentencia se limitaban a los establecidos en la ley.

“No hay razón para que una entidad o persona participe en una causa de aplicación del artículo 2467”, señaló el tribunal, “a menos actúe en relación a la cuestión objeto del procedimiento –si la sentencia extranjera presenta de uno de los cinco defectos enumerados en el apartado d) 1) del artículo 2467– e intenta impedir la aplicación sobre esa base”.²⁸

De manera similar, en otro caso, una parte que había obtenido una sentencia contra una empresa brasileña intentó intervenir en una acción sobre la aplicación del artículo 2467 en la que el gobierno de Estados Unidos intentaba ejecutar una sentencia brasileña contra los activos de la empresa. El tribunal federal permitió que el acreedor interviniera, pero sostuvo que un procedimiento con arreglo al artículo 2467 no es el foro apropiado para resolver reclamaciones concurrentes, y que el derecho del acreedor a impugnar la orden de incautación era algo que debería haber planteado en los tribunales brasileños.²⁹

26 En: Aplicación de una sentencia de decomiso de Filipinas, 2020 WL 391947, *5-6 (S.D.N.Y. 24 de enero de 2020).

27 En: Aplicación de una sentencia de decomiso de Filipinas, 2019 WL 3084706 (D.D.C. 15/07/2019) (que concede la moción de intervención de los titulares de un derecho de retención por sentencia contra bienes en Estados Unidos).

28 En: Aplicación de una sentencia de decomiso de Filipinas, 2020 WL 391947, *6 (S.D.N.Y. 24/01/2020).

29 En \$6,871,042.36 e intereses acumulados, 217 F. Supp.3d 84, 97 (D.D.C. 2016).

F Órdenes de restricción

Por último, el apartado 3 del párrafo d) del artículo 2467 contiene una disposición por la que se autoriza a un tribunal federal a registrar y hacer cumplir una orden extranjera destinada a preservar la disponibilidad de bienes en Estados Unidos mientras exista un procedimiento que pueda dar lugar a la sentencia de decomiso pendiente de resolución en un tribunal extranjero, o esté pendiente de apelación. La historia de esa disposición es algo tortuosa: durante el primer decenio después de que se promulgó la ley en 2000 no estaba claro si permitía la restricción de la propiedad antes de la solicitud una orden definitiva de decomiso por un tribunal extranjero o solo después de que se dictara dicha orden definitiva.³⁰ Sin embargo, una enmienda a la ley promulgada en 2010 ha dejado claro que una orden de restricción puede ejecutarse “en cualquier momento antes o después de la iniciación de los procedimientos de decomiso por una nación extranjera”.³¹

Como es menester al solicitar la ejecución de una sentencia de decomiso definitiva, un gobierno extranjero que solicite la restricción de bienes en Estados Unidos en virtud del artículo 2467 d) 3) debe canalizarlo en primera instancia a través del Fiscal General, quien debe certificar que la orden de restricción fue emitida por un tribunal de jurisdicción competente en el país extranjero.³² Esa certificación no está sujeta a revisión judicial.³³ Tampoco podrá hacerlo la parte que se oponga a la orden de restricción “por cualquier motivo que sea objeto de un litigio paralelo relativo al mismo activo que esté pendiente en un tribunal extranjero”.³⁴ En otras palabras, la regla de “no dar una segunda oportunidad” se aplica a la ejecución de las órdenes de restricción al igual que a la ejecución de las sentencias firmes.³⁵

No existe el derecho a notificación previa y a una audiencia antes de que se aplique la orden de restricción extranjera,³⁶ pero puede haber circunstancias en las que el demandado pueda solicitar que se levante

30 Véase Cassella, “Enforcement of foreign restraining orders”, J. of Money Laundering Control, Vol. 16 N°: 4, pp. 290–97 (2013).

31 28 U.S.C. § 2467(d)(3)(A). Véase en Incautación de aproximadamente \$12,116,153.16 e intereses acumulados en moneda estadounidense, 903 F. Supp.2d 19, 29 (D.D.C. 2012) (la enmienda de 2010 permite la ejecución de órdenes de restricción previas al juicio y se aplica retroactivamente); En Restricción de todos los activos... en UBS Financial Services, Inc., 860 F. Supp. 2d 32, 43 (D.D.C. 2012) (que concede una moción en virtud del artículo 2467 d) 3) para hacer cumplir la orden de restricción previa al juicio dictada por el tribunal de Curazao); En Aplicación de una orden de restricción, 2011 WL 3920280 (D.D.C. 5 de mayo de 2011) (registro de una orden de ejecución de Hong Kong que restringe 23,7 dólares en cuentas bancarias de EE. UU. en espera de juicio); En: Banco de Comercio, 890 F.3d 301 (D.C. Cir. 2018) (dado que se estaba apelando la orden de confiscación penal extranjera, no se podía hacer cumplir en virtud de los apartados b) y c) del artículo 2467, pero era apropiado que el Fiscal General solicitara una orden de restricción en virtud del apartado 3 del párrafo d) del artículo 2467 para preservar los bienes mientras la apelación estuviera pendiente.).

32 28 U.S.C. § 2467(d)(3)(B)). Véase \$12,116,153.16, 903 F. Supp.2d at 30 (en la que se enumeran los seis criterios que deben cumplirse para que un tribunal pueda hacer cumplir una orden de restricción extranjera).

33 \$12,116,153.16, 903 F. Supp.2d at 34 (a los efectos del registro y la ejecución de una orden de restricción extranjera, basta con que los funcionarios extranjeros declaren que la orden de restricción fue emitida por un tribunal de jurisdicción competente y que los bienes serían confiscados en virtud de la ley extranjera en caso de una condena); UBS Financial Services, 860 F. Supp. 2d at 40–41 (nada de lo dispuesto en el artículo 2467 d) 3) autoriza o exige a un tribunal de distrito “traspasar el velo de la autoridad que hay detrás de una solicitud de asistencia legal”; todo lo que se requiere es que el Fiscal General certifique la solicitud extranjera; el tribunal no cuestionará esa acción).

34 28 U.S.C. § 2467(d)(3)(C).

35 En: \$6,871,042.36 e intereses acumulados, 217 F. Supp.3d 84, 97 (D.D.C. 2016). Véase \$12,116,153.16, 903 F. Supp.2d en 34 (§ 2467(d)(3)(C) prohíbe expresamente que las impugnaciones que puedan presentarse en un tribunal extranjero se interpongan en un tribunal estadounidense, negando así al demandante una segunda oportunidad).

36 UBS Financial Services, 860 F. Supp. 2d at 42–43 (que rechaza el argumento de que una orden de restricción con sujeción al art. 2467(d)(3) se rige por el art. 983(j)(1)(B) y que por tanto, el demandante tiene derecho a una audiencia probatoria previa a la restricción; en realidad, como ya hay una acción pendiente en el tribunal extranjero, se debe aplicar el art. 983(j)(1)(A), y por tanto el demandante no tiene derecho a iniciar un segundo litigio sobre las cuestiones de hecho que se presentaron o podrían presentarse al tribunal extranjero); \$12,116,153.16, 903 F. Supp.2d at 32 (op. cit.; el art. 983(j)(1)(A), aplicado a través del 2467, se cumple si hay un proceso penal pendiente en el tribunal extranjero; por lo tanto, no hay derecho legal a una audiencia previa a la restricción).

la restricción o al menos que se modifique después de su imposición. Por ejemplo, en el caso en de confiscación de aproximadamente \$12.116.153,16, el tribunal denegó la solicitud del demandado de una audiencia posterior a la imposición de la orden de restricción alegando que necesitaba el bien objeto de la orden de restricción para contratar un abogado en el tribunal extranjero, pero accedió a la solicitud de audiencia alegando que el retraso extraordinario de cuatro años en la finalización del proceso de decomiso en el Brasil aumentaba el riesgo de la privación errónea del bien.³⁷

Repatriación de la propiedad

Si el caso procede como debe, el resultado será una orden del tribunal federal que dará plena fuerza y efecto a la sentencia extranjera. Esto significará en general que Estados Unidos recuperará los bienes y los repatriará al país extranjero para que se utilicen o se desembolsen de conformidad con la orden extranjera. Sin embargo, la repatriación en sí misma no forma parte del proceso judicial. Más bien, la repatriación es manejada por la Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Activos del Departamento de Justicia después de que todas las acciones judiciales hayan concluido.

Por lo general, el proceso de repatriación seguirá los procedimientos establecidos en cualquier tratado de asistencia jurídica mutua que exista entre Estados Unidos y el país extranjero. Por lo tanto, es un proceso que se deja en manos de especialistas en esa esfera que están familiarizados con las obligaciones del tratado que se aplicarían en un caso particular.

La repatriación de los fondos recuperados debería funcionar prácticamente de la misma manera, tanto si el Gobierno recuperó el dinero mediante la ejecución de una orden de decomiso o incautación extranjera, como se ha mencionado anteriormente, o mediante la presentación de una acción de decomiso sin condena, como se examina en la siguiente sección. Sin embargo, cada caso es diferente, y si bien la repatriación de los bienes puede realizarse sin inconvenientes en algunos casos, en otros, como los casos en que el dinero se devolvería a un Estado extranjero que está bajo el control de un régimen corrupto, el proceso puede ser complejo y prolongado, ya que se requieren salvaguardias para garantizar que el dinero no sea robado por segunda vez por personas tan corruptas como las que lo robaron en primera instancia.

La repatriación de activos recuperados en los Estados Unidos de la corrupción en Venezuela provee un ejemplo concreto.³⁸

37 \$12,116,153.16, 903 F. Supp.2d at 33. Véase en Restricción de veinte bienes inmuebles, 2019 WL 481167 (D.D.C. Feb. 6, 2019) (se permitió al demandado intervenir pero se denegó la moción de anular la orden de restricción; no se demostró que no se ofrecieran las protecciones procesales del art. 18 U.S.C. § 983(j), y no se demostró la necesidad de la propiedad en virtud de la Sexta Enmienda).

38 Los Estados Unidos actualmente tienen un Tratado de Asistencia Legal Mutua con Venezuela. Ver <https://2009-2017.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2014/vol2/222469.htm>.

Como ha sido ampliamente reportado en los medios de comunicación, a pesar de que el Gobierno ha recuperado millones de dólares en dichos activos, ha estado reacio a devolver el dinero a Venezuela mientras el Gobierno esté bajo el control de Nicolás Maduro.³⁹ Una sugerencia ha sido seguir el ejemplo de un caso que envuelve la recuperación de 115\$ millones en ganancias de la corrupción en Kazakstán en el cual el Banco Mundial acordó supervisor a una fundación benéfica fundada con activos confiscados y usados para el beneficio del pueblo de Kazakstán.⁴⁰

Otra posibilidad es el modelo usado en Nigeria donde los activos recuperados de la corrupción perpetrada por la familia Abacha fueron usados para financiar la contribución de Nigeria en los proyectos de desarrollo del Banco Mundial en ese país.⁴¹ Ello solo funciona, por supuesto, si el país en cuestión es miembro del Banco Mundial y hay proyectos de desarrollo del Banco Mundial en marcha en ese país.

39 “Federales de Miami incautan 450 millones de dólares (efectivo, condominios, caballos) en casos de corrupción en Venezuela,” Miami Herald, Apr. 27, 2020, <https://www.miami-herald.com/news/nation-world/world/americas/venezuela/article242264116.html>; “Estados Unidos confiscó millones a los corruptos cleptócratas venezolanos. Una demanda en Miami busca hacerse con los activos en el banco,” Miami Herald, Apr. 24, 2020, <https://www.miamiherald.com/news/local/article229409649.html>.

40 Michael J. Camilleri and Fen Osler Hampson, “Aprovechar el dinero de los cleptócratas venezolanos para ayudar al país y a su gente,” Washington Post, Jan. 29, 2019, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/01/29/seize-money-venezuelan-kleptocrats-help-country-its-people/>.

41 “Los Principios del GFAR en Acción: Monitoreo del Desembolso de los fondos Abacha II del Proyecto MANTRA en Nigeria,” <https://star.worldbank.org/content/gfar-principles-action-mantra-projects-monitoring-disbursement-abacha-ii-funds-nigeria>.

III. UTILIZAR EL DECOMISO SIN CONDENA PARA RECUPERAR LAS GANANCIAS DE CRÍMENES EXTRANJEROS

Si el país en el que se cometió el delito no puede obtener una orden de decomiso o incautación que se pueda hacer cumplir en Estados Unidos, la alternativa es que el Departamento de Justicia inicie una acción de decomiso civil o “sin condena” para recuperar la propiedad en virtud de la ley federal. Dicha acción puede basarse en la violación de una ley extranjera (si la violación está comprendida en una de las seis categorías de delitos extranjeros enumerados en la sección II.B, supra), o demostrando que, al transferir la propiedad a Estados Unidos, alguien cometió una violación de la legislación estadounidense, como blanqueo de dinero, contrabando o transporte interestatal de bienes robados.

En todo caso, una acción exitosa de decomiso sin condena dará lugar a la transferencia del título de propiedad de los bienes a Estados Unidos, que podrá entonces repatriarlos en su totalidad o en parte al país en que se cometió el delito subyacente, de conformidad con cualquier acuerdo bilateral o multilateral para el reparto equitativo de los bienes decomisados que pueda existir entre los dos países⁴².

Para entender cómo funciona este proceso, primero hay que explicar qué es una acción de decomiso sin condena y cómo se procesa. Luego veremos ejemplos de acciones que se han iniciado para recuperar activos derivados de una amplia variedad de delitos ocurridos en todo el mundo que dieron lugar a la transferencia de activos a Estados Unidos o través de este país.

A ¿Qué es un decomiso sin condena?

Un decomiso sin condena es una acción interpuesta ante un tribunal federal para determinar si el título de propiedad de un bien inmueble o personal debe transferirse a Estados Unidos porque dicho bien se derivó de un delito o se utilizó para cometerlo. Si bien implica la prueba de un acto delictivo y se utiliza como instrumento de aplicación de la ley, una acción de decomiso sin condena no es un enjuiciamiento penal; es una acción civil entablada para obtener el título de un determinado activo o conjunto de activos.

El Gobierno inicia la acción incautando o restringiendo el bien citándolo en una denuncia que se interpone ante un tribunal del distrito en el que se encuentra la propiedad, o donde se produjeron los actos que dieron lugar al decomiso.⁴³ A continuación, el gobierno invita a todas las partes que puedan tener un interés jurídico en el bien a que lo reclamen, indicando su intención de impugnar la acción de decomiso del gobierno y sus razones para hacerlo. Si nadie presenta un reclamo, la propiedad será confiscada por el gobierno. En caso contrario, las partes entablarán un litigio civil.

Al final, si la causa del gobierno procede, este recibirá a título inequívoco la propiedad contra cualquiera que haya presentado o pudiera haber presentado un reclamo, y será libre de disponer de la propiedad como considere oportuno. De no proceder, deberá entregar la propiedad a la parte a la que

42 Véase *Asset Forfeiture Policy Manual* (2019), Cap. 8, Sec. XIII (“International Sharing”); 18 U.S.C. § 981(i) (que autoriza la transferencia de propiedades decomisadas de países extranjeros).

43 28 U.S.C. § 1355(b). En algunos casos, cuando la propiedad se encuentra fuera de Estados Unidos o ha sido incautada por un gobierno extranjero, la causa puede interponerse en Washington, D.C.

se le confiscó, y estará obligado a pagar los honorarios de su abogado.⁴⁴

Estas causas se denominan causas *in rem* porque se presentan contra la propiedad, no contra las personas. Así, en los casos de decomiso sin condena, el gobierno es el demandante, la propiedad es el demandado, y las personas que tratan de impugnar el decomiso son “reclamantes”, que deben intervenir en el caso y demostrar que les asiste derecho para hacerlo.⁴⁵

En Estados Unidos, no existe ninguna distinción en el sistema federal entre tribunales penales y tribunales civiles. Los mismos tribunales que entienden de procesos penales también entenderán de las causas civiles interpuestas por el gobierno y por personas naturales. Así pues, es probable que una causa de decomiso sin condena se presente en el mismo tribunal en el que se podría haber iniciado un proceso penal. No obstante, visto que se define como causa civil, se regirá por los procedimientos que rigen las demandas civiles, con ciertas disposiciones especiales adaptadas a las peculiaridades del decomiso sin condena.⁴⁶ Por esta razón, los tribunales y abogados de Estados Unidos se refieren universalmente a los decomisos sin condena como decomisos “civiles”.

La costumbre en Estados Unidos es nombrar los bienes sujetos a decomiso en el epígrafe de la causa; por ello, las causas sin condena en Estados Unidos tienen nombres como Estados Unidos contra Un avión Gulfstream G-V o Estados Unidos contra Todos los bienes depositados en la cuenta número 80020796, que algunos pueden considerar extraño o inusual. Sin embargo, el hecho de que se mencione el bien como objeto del procedimiento no significa que el gobierno crea que el bien ha cometido un delito. Más bien, el decomiso sin condena es simplemente un instrumento procesal diseñado para identificar la propiedad que el Gobierno está tratando de decomisar, y para que todos los que tengan un interés en la propiedad estén presentes en el tribunal en la misma oportunidad.⁴⁷

Por ejemplo, si el Gobierno considera que un avión es objeto de decomiso porque es producto de un delito (o se utilizó para cometerlo), nombraría el bien como objeto de la causa de decomiso e invitaría a cualquier persona con un interés en el bien –el propietario del título, su cónyuge, un titular de un derecho de retención, una persona con un interés de arrendamiento– a presentar una reclamación e impugnar el decomiso en un solo procedi-

44 Véase 28 U.S.C. § 2465(b) (donde se establece que el pago de honorarios de abogados a cualquier parte que obtenga un fallo favorable contra el gobierno en un caso de decomiso civil).

45 Véase Estados Unidos contra Vazquez-Alvarez, 760 F.3d 193, 197 (2º Cir. 2014) (donde se exige que el demandante establezca su posición ante de que el tribunal admitirá cualquier causa que presente porque el demandado en la causa de decomiso es la parte demandada, no el demandante; hasta que el demandante establezca su posición, “es simplemente un tercero en el litigio”); Estados Unidos contra \$196,969.00 en moneda estadounidense, 719 F.3d 644, 646 (7º Cir. 2013) (en un caso de decomiso civil, el demandado es “la cosa demandada”; el demandante es como un demandante en una “demanda dentro de la demanda de confiscación”); Estados Unidos contra \$8,440,190.00 en moneda estadounidense, 719 F.3d 49, 57 (1º Cir. 2013) (en un caso de decomiso civil, el demandado es la propiedad, y las personas que presenten defensas contra el decomiso deben establecer su capacidad para intervenir); Estados Unidos contra Todos los fondos en cuentas N.º 747.034/278 (Banco Español de Crédito), 295 F.3d 23, 25 (D.C. Cir. 2002) (“Las acciones de decomiso civil se inician contra la propiedad, no contra las personas. El titular de la propiedad puede intervenir para proteger sus intereses”).

46 Véase el Reglamento Federal de Procedimiento Civil, Normas complementarias para las reclamaciones de almirantazgo y marítimas y las acciones de decomiso de activos. Para ver un resumen general de las acciones de decomiso sin condena en Estados Unidos, véase Cassella, “Nature and Basic Problems of Non-Conviction-Based Confiscation in the United States”, *International Review of Penal Law*, Vol. 90, N.º 2 (2019), págs. 195 a 214, presentado en el Coloquio internacional sobre prevención, investigación y sanción de los delitos económicos, Instituto Max-Planck, Friburgo, junio de 2018. (También disponible en portugués y español en Veredas Do Direito (Brasil), Vol. 16, N.º 34 (2019), págs. 41 a 65, https://works.bepress.com/stefan_cassella/53/.) Para un examen detallado del procedimiento de decomiso civil, véase Cassella, *Asset Forfeiture Law in the United States* (2º ed. 2013) (Juris New York).

47 Estados Unidos contra Ursery, 518 U.S. 267, 295-96 (1996) (Kennedy, J.).

miento. Se trata de un proceso mucho más eficaz que el que se produciría si el Gobierno tuviera que presentar una causa de decomiso sin condena por separado contra cada uno de esos posibles reclamantes individualmente, suponiendo que se les pudiera encontrar.

Para Estados Unidos, este no es un concepto nuevo. Por el contrario, se desarrolló en el siglo XVIII como una forma de recuperar la propiedad de los piratas y traficantes de esclavos cuyas embarcaciones y cargamentos podían ser incautados, pero que, como personas naturales, permanecían fuera de la jurisdicción de Estados Unidos y sus tribunales. Así pues, si el Gobierno incautaba el barco pirata y todo su cargamento pero no podía imponer castigo sobre el propietario del barco, iniciaba una acción de decomiso sin condena contra el barco e invitaba al pirata a acudir a los tribunales para oponerse a la acción. Si se negaba a hacerlo, no podía ser procesado penalmente; en Estados Unidos no existe la posibilidad de una condena en rebeldía. Pero el Gobierno podría recuperar su propiedad

Los fiscales federales utilizan ahora el decomiso sin condena en todo tipo de casos, desde narcotráfico, fraude, hasta corrupción, y prácticamente cualquier otro tipo de delito para el que se autorice el decomiso. En particular, es el vehículo de preferencia para recuperar los bienes de origen delictivo cuando un enjuiciamiento penal –y por consiguiente una orden de decomiso penal– no es posible porque el infractor ha fallecido, es un fugitivo, es desconocido o está fuera del alcance de leyes pena-

les. Así pues, es el instrumento de preferencia cuando no es posible el enjuiciamiento penal porque el delito que dio lugar al decomiso fue una violación de leyes extranjeras o el infractor es un ciudadano extranjero sobre el que el tribunal no puede obtener jurisdicción personal.

B ¿Qué es un decomiso sin condena?

El decomiso sin condena no requiere una condena penal ni siquiera una causa penal; su popularidad se basa en el hecho de que ofrece un medio para recuperar bienes procurados a través de un delito cuando no es posible una causa penal. No obstante, en un caso de decomiso sin condena el Gobierno debe probar dos cosas: que se cometió un delito y que los bienes se derivaron de ese delito o se utilizaron para cometerlo.

Por lo tanto, si el Gobierno intenta confiscar el dinero de una cuenta bancaria alegando que es el producto del fraude, debe probar que el fraude se produjo y que el dinero de la cuenta es atribuible al fraude. Sin embargo, como el caso se rige por los procedimientos que se aplican en causas civiles, puede cumplir su responsabilidad de producir la prueba en ambos puntos en la balanza de las probabilidades; no se requiere, como en una causa penal, probar más allá de toda duda razonable que se produjo un delito y que una persona determinada cometió ese delito.⁴⁸

⁴⁸ Antes de la promulgación de la Ley de reforma de la confiscación de bienes civiles de 2000 (CAFRA), la carga de la prueba de que los bienes no estaban sujetos a confiscación recaía en el demandante. La CAFRA, sin embargo, abolió la carga inversa de la prueba e impuso la carga de establecer la confiscación de la propiedad al Gobierno. 18 U.S.C. § 983(c)(1).

Incluso si el Gobierno cumple con su obligación y prueba que se cometió un delito y que los bienes en cuestión se derivaron de ese delito o se utilizaron para cometerlo, es posible que el caso no quede ahí. En ese momento, el demandante que impugna la confiscación tiene derecho a hacer valer lo que se denomina una defensa de “propietario inocente”. En el caso de los bienes sujetos a decomiso porque se utilizaron para cometer un delito, puede sostener que aunque otra persona haya utilizado sus bienes de esa manera, no tenía conocimiento de ello, o que tomó todas las medidas razonables para evitarlo. O en el caso de bienes que se demuestren que son producto del delito, el reclamante puede decir que adquirió los bienes del infractor como comprador de buena fe por su valor, sin forma de saber que se derivaban de un delito. Si el demandante prueba cualquiera de esos argumentos mediante un balance de las probabilidades, el dictamen será a su favor.⁴⁹

Así, por ejemplo, si alguien usa el automóvil de su esposa para cometer un delito, y la esposa está al tanto y deja que ocurra, el Gobierno podría confiscar el automóvil en una acción de decomiso sin condena sin tener que acusar a la esposa de ningún delito. Probar el crimen y la conexión entre el automóvil y el crimen sería suficiente. Pero si ella no sabía que su automóvil estaba siendo usado para cometer un crimen, le asistirá derecho a defensa de propietario inocente, y a recuperar los honorarios de su abogado si gana el caso.⁵⁰

El requisito de rastreo

Es sumamente importante comprender que, como la causa de decomiso sin condena es una causa *in rem* contra la propiedad y no una causa contra una persona natural, el Gobierno debe demostrar que el activo concreto mencionado en su denuncia es atribuible al delito. En una causa penal –que es una acción *in personam*– el tribunal puede determinar que los bienes derivados del delito ya no están disponibles –porque se han gastado, o perdido, o están fuera de la jurisdicción del tribunal– en cuyo caso puede dictar una sentencia basada en el valor contra el demandado por una suma de dinero igual al valor de los bienes no disponibles, y puede ordenar que la sentencia se satisfaga con otros bienes que pertenezcan al demandado. Pero en un caso sin condena, esto no es posible. El Gobierno debe identificar el activo concreto que se derivó o se utilizó para cometer el delito y debe probar la conexión entre ese activo y el delito subyacente. De no hacerlo, no podrá obtener un fallo a su favor.

Así pues, por ejemplo, si el Gobierno demuestra de forma razonable de que alguien haya cometido fraude, o vendido drogas ilegales, o malversado dinero de su empleador, y encuentra un millón de dólares en la cuenta bancaria de esa persona, solo puede recuperar el dinero (o cualquier parte de él) en una causa de decomiso sin condena si puede rastrear el dinero hasta el delito subyacente.

49 18 U.S.C. § 983(d). Véase Cassella, “*The Uniform Innocent Owner Defense to Civil Asset Forfeiture*,” 89 *Ky. Law Journal* 653 (2001).

50 28 U.S.C. § 2465(b).

51 Con raras excepciones, el Gobierno no suele incautar bienes inmuebles, sino que los preserva para su confiscación mediante una orden de restricción previa al juicio, véase 18 U.S.C. § 983 j), o mediante la presentación de una notificación de litispendencia en los registros de tierras. Los procedimientos exclusivos para iniciar una acción relativa a bienes inmuebles están tipificados en 18 U.S.C. § 985.

No puede decir, “hemos probado el delito y el monto de dinero robado; tomaremos este dinero para cumplir con la sentencia”. Si el dinero de la cuenta bancaria no puede rastrearse hasta el delito, el Gobierno no puede obtener un fallo a favor. Esta es la compensación que el Gobierno acepta cuando interpone una acción de decomiso sin condena en lugar de un proceso penal.

D Procedimiento en un caso de decomiso sin condena

El procedimiento en una acción de decomiso sin condena puede resumirse de la siguiente manera: el Gobierno generalmente inicia la acción incautando la propiedad (en la mayoría de los casos con una orden judicial),⁵¹ y presentando una denuncia en la que expone las bases por las que considera que la propiedad está sujeta a decomiso.⁵² Debe enviar una copia de la denuncia a toda persona que pudiera tener un interés legal en el bien y debe dar tiempo a esas personas para que presenten una reclamación impugnando el decomiso.⁵³

Si se presenta una reclamación, las partes –el Gobierno y el o los reclamantes– se comprometen a realizar un descubrimiento civil; es decir, pueden exigirse recíprocamente la presentación de pruebas pertinentes, responder a interrogatorios escritos y comparecer para declaraciones. Al final del proceso de descubrimiento, las partes

pueden presentar mociones de disposición. Por ejemplo, el Gobierno puede impugnar la capacidad del demandante para impugnar el decomiso o pedir un juicio sumario basado en los hechos indiscutibles. O el reclamante puede pedir que se supriman las pruebas incautadas ilegalmente, que se desestime la demanda o que se presente su propia petición de juicio sumario.⁵⁴

Si no se concede ninguna moción dispositiva, el caso va a juicio ante un juez federal. Si cualquiera de las partes lo solicita, la confiscación de la propiedad, así como la defensa de propietario inocente, debe ser determinada por un jurado.⁵⁵ Si el fallo es a favor del Gobierno, es decir, si determina que se cometió un delito y que la propiedad proviene o se utilizó para cometer ese delito, y el demandante no establece una defensa de propietario inocente, el tribunal dictará una orden por la que se transfiera el título de propiedad al Gobierno.

E Uso del decomiso sin condena para recuperar las ganancias de crímenes cometidos en el extranjero

Hasta este punto, la utilidad de utilizar el decomiso sin condena para recuperar las ganancias de delitos extranjeros debería ser evidente, pero también deberían serlo sus limitaciones.

Cuando se roba dinero en un país extranjero y se transfiere a Estados Unidos, hay pocas probabilidades de que se inicie un proceso

52 Véase Reglamento suplementario G(2).

53 Id. Reglamentos G(4) y (5).

54 Id. Reglamento G(8).

55 Id. Reglamento G(9).

penal en un tribunal federal. Lo más probable es que el delito sea una violación de la legislación extranjera sobre la que un tribunal de Estados Unidos no tendrá jurisdicción extraterritorial. Además, incluso si el movimiento del dinero hacia Estados Unidos constituyera alguna violación de la legislación federal, como el blanqueo internacional de dinero, es probable que el infractor siga estando fuera de la jurisdicción de Estados Unidos y no sea objeto de un proceso penal en sus tribunales.

Sin embargo, en esos casos, un tribunal de Estados Unidos tendrá jurisdicción sobre una acción de decomiso sin condena, ya sea porque la propiedad en cuestión se encuentra en Estados Unidos o porque el decomiso puede basarse en un delito federal –como el blanqueo de dinero– en el que la propiedad estuvo involucrada.⁵⁶ En consecuencia, es bastante común que los países extranjeros que no han podido obtener una orden de decomiso o confiscación de bienes que se encuentren en Estados Unidos soliciten al Departamento de Justicia que inicie una acción de decomiso sin condena y repatrien la totalidad o parte de los bienes al país extranjero si la causa se resuelve a su favor.

Estados Unidos comprende la importancia de utilizar este instrumento no solo para cumplir las obligaciones contraídas en virtud de los tratados, sino también para evitar que Estados Unidos se convierta en depositario de las ganancias de hechos delictivos en todo el mundo e impedir que sus instituciones y mercados financieros sean utilizados y, en al-

gunos casos, dominados por delincuentes organizados, funcionarios extranjeros corruptos y cleptómanos que han vaciado las arcas de los países del mundo en desarrollo e invertido las ganancias mal habidas en bienes raíces, valores y empresas en Estados Unidos.

Por otro lado, este procedimiento tiene sus limitaciones. En primer lugar, la causa debe iniciarse contra un bien específico. Así pues, antes de que se pueda iniciar la causa, el país extranjero debe poder identificar el activo específico o el conjunto de activos que se derivaron del delito en el extranjero. No basta con decir: “X es un funcionario público corrupto en nuestro país; creemos que ha transferido ganancias de sus delitos a Estados Unidos”. Es necesario que pueda afirmar: “X es un funcionario público corrupto en nuestro país, y hemos rastreado el producto de sus delitos a esta cuenta bancaria en Nueva York, o a este condominio en Miami”.

Es importante que dicho rastreo de propiedad en Estados Unidos hasta el delito cometido en el país extranjero forme parte de la carga de la prueba del Gobierno. Así pues, incluso si el país extranjero ha identificado activos específicos que pertenecen al infractor y cree que esos activos pueden atribuirse a su delito, tendrá que facilitar al fiscal pruebas admisibles para establecer dicha conexión.

Sin duda, el Gobierno dispondrá de herramientas que le ayudarán a cumplir con su carga de la prueba. Puede exigir al demandante la presentación de libros y registros,

⁵⁶ Como se examina en el ejemplo de la sección III.F, las acciones de decomiso sin condena para recuperar el producto de delitos extranjeros se suelen llevar a cabo en virtud de 18 U.S.C. § 981 a) 1) A), que autoriza el decomiso de cualquier bien implicado en un delito federal de blanqueo de dinero, que podría incluir el producto de delitos extranjeros enviado a Estados Unidos en violación de 18 U.S.C. §§ 1956 y 1957.

tomar una declaración jurada y usar pruebas circunstanciales –como la falta de una fuente de ingresos legítima suficiente para explicar la propiedad de los bienes en cuestión– para establecer que el delito se produjo y para cumplir el requisito de rastreo, pero esto no siempre es fácil.

De hecho, un obstáculo frecuente en esos casos es la necesidad de basarse en pruebas y testigos extranjeros para comprobar el delito en el extranjero. Esas pruebas no siempre son fáciles de obtener.

El Gobierno también debe afrontar la posibilidad de que terceros reclamen derechos, tengan o no un interés legítimo sobre la propiedad –y por lo tanto puedan o no exigir pruebas al Gobierno– y que pueden ser capaces de demostrar que tienen una defensa de propietario inocente legítima.

Por último, desde el punto de vista práctico, iniciar una causa de decomiso sin condena en nombre de un gobierno extranjero es un proceso largo y laborioso que el fiscal en el lugar determinado donde se encuentre la propiedad tendrá que llevar a expensas de otros casos que podrían ser de interés más inmediato para su fiscalía, sobre todo si son de carácter local, y que dará lugar a que el Gobierno asuma responsabilidad por los honorarios de los abogados si la causa de decomiso no tiene éxito.

Por todas estas razones, la interposición de causas de decomiso sin condena en nombre de gobiernos extranjeros no es algo que se

emprenda a la ligera, sino que se reserva para los casos en que haya un número considerable de víctimas, personajes prominentes políticamente expuestos y/o grandes sumas de dinero. Los casos que se examinan a continuación ilustran lo que esos casos implican en general.

F Ejemplos de casos de decomiso sin condena que impliquen delitos en el extranjero

Hay muchos ejemplos de casos en que Estados Unidos ha iniciado una causa de decomiso sin condena para recuperar las ganancias de un delito cometido en el extranjero o los bienes utilizados para cometerlo. Los más comunes se refieren a obras de arte u otros patrimonios culturales que fueron robados o retirados ilegalmente de un país extranjero pero que aparecieron –a veces décadas después– en un museo, una casa de subastas o una colección privada en Estados Unidos.

Por ejemplo, en *Estados Unidos contra Oleo peruano del siglo XVIII sobre lienzo*,⁵⁷ el Gobierno presentó una demanda de decomiso sin condena para recuperar dos pinturas religiosas que habían sido robadas de iglesias en Perú y que fueron descubiertas en Virginia cuando alguien intentó introducir las en Estados Unidos enrolladas en tubos de cartón. En ese caso, el decomiso se basó en la Convención de la UNESCO para la Protección de los Bienes Culturales y en la Ley de Aplicación de Bienes

57 *Estados Unidos contra Oleo peruano del siglo XVIII sobre lienzo*, 597 F. Supp. 2d 618, 625 (E.D. Va. 2009).

57 *Estados Unidos contra Oleo peruano del siglo XVIII sobre lienzo*, 597 F. Supp. 2d 618, 625 (E.D. Va. 2009).

58 Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (14 de nov. de 1970), 823 U.N.T.S. 231.

Culturales,⁵⁹ que tiene su propia disposición sobre decomiso civil⁶⁰. En otros casos, el Gobierno ha recuperado pinturas, artefactos arqueológicos y otros artículos robados como bienes introducidos ilegalmente en Estados Unidos en violación de leyes aduaneras o como producto de violaciones de la Ley nacional de bienes robados, cada una de las cuales tiene su propia autoridad en materia de decomiso de activos.⁶¹

Estados Unidos también ha iniciado procedimientos de decomiso sin condena para recuperar los activos de organizaciones terroristas y de narcotraficantes internacionales. En el caso *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en R.J. O'Brien & Assoc.*, por ejemplo, interpuso una acción para solicitar el decomiso de 6,7 millones de dólares depositados en cuentas de comercialización de futuros en Chicago que pertenecían a una filial de Al Qaeda⁶². Y en *Estados Unidos contra \$11.071.188,64 en moneda estadounidense*⁶³, presentó una demanda contra más de 11 millones de dólares en una cuenta bancaria de Florida que tenía una empresa de las Islas Vírgenes Británicas que aparentemente hacía negocios como una granja de avestruces, pero que en realidad estaba implicada en el blanqueo de dinero para el cártel de drogas de Sinaloa en México. El argumento de terrorismo se presentó con arreglo a la ley de decomiso

civil que se refiere específicamente a activos terroristas, 18 U.S.C. § 981 a) 1) G), y el argumento de narcotráfico con arreglo a la ley que autoriza el decomiso civil de cualquier propiedad implicada en el blanqueo de dinero nacional o internacional, 18 U.S.C. § 981 a) 1) A).

El Gobierno también ha interpuesto acciones de decomiso sin condena para recuperar el producto de robo, fraude y otros delitos económicos cometidos en otros países. En un caso particularmente notorio, conocido popularmente como el "Caso Magnitsky", porque implicó el asesinato del abogado ruso Sergei Magnitsky en su celda de una cárcel en Rusia, el Gobierno inició una acción de decomiso en virtud de la ley sobre blanqueo de dinero para recuperar parte de los 230 millones de dólares robados en un plan de fraude en Rusia, blanqueados a través de cuentas bancarias en toda Europa oriental e invertidos en bienes inmuebles en Nueva York.⁶⁴

En *Estados Unidos contra bienes inmuebles situados en el número 8 de la calle Drift*,⁶⁵ el Gobierno presentó una acción de decomiso contra varias cuentas bancarias y bienes inmuebles en Nueva Jersey y Carolina del Sur que se adquirieron con millones de dólares robados en devoluciones de IVA que una empresa

62 *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en R.J. O'Brien & Assoc.*, 783 F.3d 607 (7th Cir. 2015). Véase también *Estados Unidos contra Un anillo de oro con gemas talladas*, 2019 WL 5853493 (D.D.C. 7 nov. de 2019) (donde se dicta un fallo en rebeldía en virtud de § 981(a)(1)(G) contra los activos extranjeros de la organización terrorista ISIS).

63 *Estados Unidos contra \$11,071,188.64 en moneda de EE. UU.*, 825 F.3d 365 (8° Cir. 2016).

64 *Estados Unidos contra Prevezon Holdings, Ltd.*, 2015 WL 4719786, *15-17 (S.D.N.Y. 7 de ago. 2015). El caso Prevezon se trata en detalle en Cassella, "Illicit Finance and Money Laundering Trends in Eurasia," *J. Money Laundering Control*, 22:2, pp. 388-399 (2019). <https://doi.org/10.1108/JMLC-01-2018-0003> (trabajo presentado en el Simposio Internacional de Cambridge sobre Crimen Económico, Universidad de Cambridge, septiembre de 2017).

65 *Estados Unidos contra Bien inmueble ubicado en N° 8 de calle Drift*, 2015 WL 5007830 (D.N.J. 20 de ago. 2015).

china debía a otras empresas en China. La acción de decomiso en ese caso se basó en la ley sobre el blanqueo de dinero y en la Ley Nacional de Propiedad Robada.⁶⁶

De manera análoga, en el caso *Estados Unidos contra Bienes inmuebles situados en el número 9144 de la calle Burnett*,⁶⁷ el Gobierno se valió de la ley sobre blanqueo de dinero para entablar una causa de decomiso contra bienes inmuebles en el Estado de Washington, alegando que un ciudadano rumano que había sido extraditado de Estados Unidos a Rumania para hacer frente a cargos penales que implicaban decenas de millones de dólares en impuestos sobre la sobre el consumo no pagados, blanqueó el producto del delito extranjero a través de varias cuentas bancarias en el extranjero y, en última instancia, utilizó el dinero para comprar la propiedad en Estados Unidos.⁶⁷

Tal vez el ejemplo más conocido de una acción de decomiso sin condena para recuperar las ganancias obtenidas con un delito de cuello blanco en el extranjero es el caso de 1MDB en el que un empresario malayo –objeto de una investigación penal en curso– presuntamente transfirió 37 millones de dólares de fondos robados de una entidad de Hong Kong a cuentas bancarias recién abiertas de dos empresas en Estados Unidos, y posteriormente transfirió el dinero de una de esas cuentas a otra. En ese caso, el Gobierno presentó una demanda de decomiso civil con-

tra las cuentas bancarias alegando que los 37 millones de dólares eran producto de fraude bancario (18 U.S.C. § 1344) y los bienes involucrados en el blanqueo de ese producto.⁶⁸

Cleptocracia y corrupción pública

Si bien todos esos casos implican cuestiones importantes, el Departamento de Justicia ha asignado la máxima prioridad a los casos de dinero robado en otros países por cleptómanos y otros funcionarios públicos corruptos que utilizan el dinero para comprar activos o hacer inversiones en Estados Unidos, o que invierten el dinero en otro país después de haberlo pasado por instituciones financieras de Estados Unidos en violación de la legislación estadounidense.⁶⁹

En el caso *Estados Unidos contra Aeronave One Gulfstream G-V*,⁷⁰ el Gobierno entabló una causa de decomiso civil contra un avión a reacción de 38,5 millones de dólares, alegando que había sido comprado en Estados Unidos por el hijo del presidente de Guinea Ecuatorial con fondos obtenidos a través de extorsión, robo y malversación. La teoría del Gobierno era que la aeronave era incautable en virtud del artículo 981 a) 1) C) como producto de un delito en el extranjero tipificado en el artículo 1956 c) 7) B), y en virtud del artículo 981 a) 1) A) como propiedad implicada en el delito de blanqueo de dinero que se produjo cuando la

⁶⁶ En virtud del art. 18 U.S.C. § 981 a) 1) C), el Gobierno puede decomisar los bienes robados en violación de leyes extranjeras alegando que cuando los bienes se transfirieron a Estados Unidos fueron objeto de decomiso como producto de una violación del art. 18 U.S.C. § 2314-15, que se conoce como la Ley nacional de bienes robados.

⁶⁷ *Estados Unidos contra Bien inmueble ubicado en 9144 calle Burnett*, 104 F. Supp. 3d 1187 (W.D. Wash. 2015).

⁶⁸ *Estados Unidos contra \$37.564.565,25 en cuenta N° xxxxxxxx9515*, 2019 WL 5269073 (D.D.C. 17 oct. de 2019).

⁶⁹ Como reflejo de esta prioridad, el Gobierno ha establecido un equipo especializado en cleptocracia dentro de la Unidad Internacional de la Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Activos del Departamento de Justicia. <https://www.justice.gov/criminal-mlars>.

⁷⁰ *Estados Unidos contra una aeronave Gulfstream G-V*, 941 F. Supp.2d 1 (D.D.C. 2013).

ganancia obtenida a través del delito se utilizó para hacer la compra en Estados Unidos.

Asimismo, en el caso Estados Unidos contra el M/V Galactica Star,⁷¹ el Gobierno entabló una acción de decomiso civil con arreglo a los artículos 981 a) 1) A) y C) contra un yate de motor de 65 metros de eslora, bienes inmuebles ubicados en Nueva York y California y otras inversiones en Estados Unidos, alegando que estaban implicados en blanqueo de ganancias obtenidas con delitos de corrupción pública cometidos por el Ministro de Recursos Petroleros de Nigeria.

Y en el caso *Estados Unidos contra \$215.587,22 en moneda estadounidense*,⁷² el Gobierno interpuso una demanda de decomiso civil contra los fondos de nueve cuentas bancarias, alegando que eran parte de la operación de una empresa internacional de transferencias de fondos sin licencia que prestaba servicios a varios clientes importantes, entre ellos el Presidente de Gabón y su familia, en violación del art. 18 U.S.C. § 1960..

En los dos casos más conocidos de cleptocracia se vieron implicados el ex primer ministro ucraniano Pavel Lazarenko y el exlíder nigeriano, el general Sani Abacha.

En el caso de Lazarenko, Estados Unidos se ha visto envuelto en una causa que se inició hace décadas en Washington, D.C., para recuperar más de 250 millones de dólares obtenidos a través de fraude, extorsión, soborno y malversación de fondos públicos que se blanquearon a través de cuentas bancarias en Estados Unidos y que finalmente se transfirieron a más de 20 cuentas bancarias en Guernsey, Antigua, Suiza, Lituania y Liechtenstein. En cada etapa del procedimiento de decomiso, el Gobierno ha tenido que hacer frente a las reclamaciones presentadas no solo por Lazarenko, sino también por sus familiares y otras personas, lo que ha planteado una serie de cuestiones en el marco de la legislación estadounidense y extranjera.⁷³

En el caso de Abacha, el Gobierno presentó una demanda de decomiso, también en Washington, D.C., contra 16 activos vinculados al robo de 4.000 millones de dólares del tesoro nigeriano por el general Abacha durante su mandato como gobernante militar de ese país. Entre los activos se incluían 287 millones de dólares depositados en una cuenta de familiares de Abacha a través de una entidad llamada Doraville Properties en

71 Estados Unidos contra M/V Galactica Star, 784 Fed. Anexo 268 (5° Cir. 2019).

72 Estados Unidos contra \$215,587.22 en moneda estadounidense, 282 F. Supp.3d 109 (D.D.C. 2017).

73 Véase, por ejemplo, Estados Unidos contra Todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co., 2020 WL 1615870 (D.D.C. 2 de abril de 2020) (en el que se rechaza el intento de Lazarenko de reclamar un derecho sobre 148 millones de dólares en una cuenta fiduciaria en Guernsey en virtud de la legislación de Guernsey); Estados Unidos contra todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co, 2019 WL 1167743 (D.D.C. 13 de marzo de 2019) (en el que se rechaza la impugnación por parte de Lazarenko de la facultad del Gobierno de vincular los fondos a su delito); Estados Unidos contra todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co, 251 F. Supp.3d 82 (D.D.C. 2017) (en el que se sostiene que Estados Unidos puede ejercer jurisdicción extraterritorial para entablar una acción de decomiso contra el producto de un delito extranjero contemplado en el artículo 1956 c) 7) B), y que no es necesario que tenga jurisdicción personal sobre el autor del delito o que el lugar donde se cometió se encuentre en Estados Unidos para un proceso penal); Estados Unidos contra todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co., 268 F.Supp.3d 135 (D.D.C. 2017) (que permite a Lazarenko enmendar su reclamación para argumentar que la confiscación del producto de sus delitos violaría la cláusula de multas excesivas de la Octava Enmienda); Estados Unidos contra todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co., 234 F.Supp.3d 115 (D.D.C. 2017) (que ordena la divulgación de las declaraciones de impuestos de Lazarenko); Estados Unidos contra todos los activos depositados en el Banco Julius Baer & Co, 2015 WL 4450899 (D.D.C. 20 de julio de 2015) (en el que se sostiene que cuando una demanda de confiscación civil alega que los bienes del demandado proceden de actividades delictivas, y el demandante responde que el dinero procede de fuentes legítimas, el Gobierno tiene derecho a obligar al demandante a explicar y documentar las fuentes de las que procede el dinero); Estados Unidos contra todos los bienes depositados en el Banco Julius Baer & Co, 772 F. Supp. 2d 191, 199 (D.D.C. 2011) (donde se afirma que los acreedores con juicios contra el infractor no están facultados para impugnar el decomiso de los bienes que se puedan vincular con su delito).

Jersey, Islas del Canal.⁷⁴ La teoría del Gobierno era que el dinero era el producto de un delito de corrupción pública en virtud de la legislación nigeriana, y que el movimiento del dinero a través de las instituciones financieras de Estados Unidos constituía una violación de las leyes federales sobre blanqueo de dinero, que otorgaban al tribunal federal la facultad de ordenar el decomiso de los bienes aunque estuvieran situados fuera de Estados Unidos. Tras rechazar los esfuerzos de los familiares por intervenir en la acción, el tribunal dictó una sentencia en rebeldía que fue ejecutada en última instancia por un tribunal de Jersey con arreglo a la ley de Jersey.⁷⁵

Estados Unidos también ha entablado causas para recuperar bienes derivados del soborno o la apropiación indebida de fondos públicos por parte de funcionarios públicos en América Latina y Asia. Algunos de los casos se referían a bienes ubicados en Estados Unidos, y otros a bienes adquiridos en otros países con activos que se blanquearon a través de instituciones financieras estadounidenses.

En una serie de casos interpuestos en Texas, el Gobierno presentó primero una acción de decomiso contra una cuenta de inversión en las Bermudas, alegando que dos individuos, ambos funcionarios públicos de alto nivel en México, abrieron cuentas en un banco de

Texas y utilizaron esas cuentas para transferir dinero a varias cuentas de pensiones extraterritoriales en las Bermudas. Según el Gobierno, los fondos procedían de varias violaciones de la legislación mexicana –incluido soborno de un funcionario público, apropiación indebida de fondos públicos, robo y malversación de fondos públicos– y estaba sujeto a decomiso porque se blanqueó a través de Estados Unidos.⁷⁶

Varios años después, el Gobierno inició acciones de decomiso contra la residencia en Texas y las cuentas bancarias en las Bermudas del exalcalde de Matamoros (México), alegando que había blanqueado 2,4 millones de dólares derivados de sobornos y comisiones clandestinas,⁷⁷ y contra una residencia en Texas otros activos de otros funcionarios que habían robado más de 1,9 millones de dólares del Estado de Tabasco.⁷⁸

Finalmente, en *Estados Unidos contra Todas las propiedades... en UBS Financial Services, Inc.*,⁷⁹ el Gobierno alegó que dos ciudadanos estadounidenses sobornaron al exministro de turismo de Tailandia para obtener contratos para organizar el Festival Internacional de Cine de Bangkok y prestar otros servicios para el Gobierno tailandés, en violación de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero, y que el

74 Estados Unidos contra Todos los activos depositados en el número de cuenta 80020796 (Doraville Properties), 83 F. Supp.3d 360 (D.D.C. 2015).

75 Doraville Properties Corporation contra el Fiscal General de Su Majestad [2016] JRC128, Corte Real, Bailía de Jersey, (julio de 2016). Para más detalles sobre el caso de Abacha y la causa de aplicación en Jersey, véase Cassella, "Hurdling the Sovereign Wall": How Governments Can Recover the Proceeds of Crimes that Cross National Boundaries", J. Money Laundering Control, 22:1, págs. 5 a 13 (2019), <https://doi.org/10.1108/JMLC-09-2017-0046> (ponencia presentada en el Simposio Internacional de Cambridge sobre Delitos Económicos, Universidad de Cambridge, septiembre de 2016).

76 *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en Old Mutual of Bermuda, Ltd.*, 2015 WL 3883979 (S.D. Tex. 29 de enero de 2015); *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en Old Mutual of Bermuda, Ltd.*, 2014 WL 4101215 (S.D. Tex. 18 de agosto de 2014); *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en Old Mutual of Bermuda, Ltd.*, 2014 WL 1689939 (S.D. Tex. 1 de mayo de 2014). Véase también *Estados Unidos contra Todas las propiedades... en UBS Financial Services, Inc.*, 2015 WL 9243838 (S.D. Tex. Nov 17, 2015) (decomiso de \$1,1 millones en una cuenta de corretaje obtenidos a través de actos de corrupción de exfuncionarios públicos del estado de Tamaulipas, México).

77 *Estados Unidos contra Todos los fondos depositados en Sun Secured Advantage*, 864 F.3d 374 (5^o Cir. 2017).

78 *Estados Unidos contra Todos los activos... en Sun Life Financial Investments (Bermuda) Ltd.*, 2018 WL 4275214 (S.D. Tex. 7 de sep. de 2018); *Estados Unidos contra Inmueble en 615 Elmhurst*, 2018 WL 3655081 (S.D. Tex. 1 de agosto de 2018).

79 *Estados Unidos contra Todas las propiedades... en la cuenta de UBS Financial Services, Inc.*, 2015 WL 9243838 (S.D. Tex. 17 de noviembre de 2015).

producto de los sobornos se envió a cuentas bancarias en el Reino Unido, Singapur y Suiza que estaban a nombre de la hija del ministro. Dado que el delito de soborno constituía una violación de la ley federal, el Gobierno dijo que el dinero estaba sujeto a decomiso como producto de ese delito en virtud del artículo 981 a) 1) C) y como bienes involucrados en el blanqueo de dinero en virtud del artículo 981 a) 1) A).⁸⁰

H Interponer una solicitud para entablar una acción de decomiso sin condena

Para iniciar una solicitud para que Estados Unidos inicie una acción de decomiso sin condena contra bienes obtenidos a través de un delito en el extranjero, el gobierno extranjero debe interponer el asunto ante el Departamento de Justicia. Esto puede hacerse mediante una solicitud oficial a la autoridad central del Departamento para asuntos internacionales, la Oficina de Asuntos Internacionales (OIA), o a la Unidad Internacional de la Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Activos (MLARS). O puede comenzar con un contacto informal con un fiscal federal –un fiscal auxiliar de Estados Unidos– o con un agente federal de justicia en el distrito donde se encuentra la propiedad y donde es probable que se interponga la acción de decomiso. El gobierno extranjero no tiene que estar re-

presentado por un abogado, pero el abogado de Estados Unidos puede ayudar al gobierno extranjero a localizar los bienes que se van a decomisar y a ponerse en contacto con la autoridad estadounidense competente.

Como se ha señalado anteriormente, identificar los bienes en cuestión, definir su ubicación y conseguir las pruebas necesarias para demostrar tanto el delito en el extranjero como la vinculación entre los bienes y ese delito probablemente sean requisitos previos para atraer la atención del fiscal federal y su conseguir su compromiso de llevar adelante el caso.

Si una persona acusada de cometer el delito en el extranjero que da lugar al decomiso ha sido detenida o acusada en el país extranjero por ese delito, Estados Unidos pudiera utilizar el arresto o la acusación como base para restringir los bienes “durante el tiempo que sea necesario para recibir pruebas del país extranjero” para brindar apoyo en el inicio de una acción de decomiso⁸¹. De lo contrario, el país extranjero tendrá que presentar pruebas suficientes para establecer una “causa probable” para el decomiso o restricción de los bienes en virtud de la legislación de Estados Unidos. En todo caso, el Gobierno querrá asegurarse de que la propiedad sea inmovilizada antes de presentar una denuncia para que no desaparezca mientras el caso se resuelva.⁸²

⁸⁰ Reclamo por caso de decomiso en N° 1:13-cv-00195-CRC interpuesto el 11/02/13 en el tribunal de distrito del Distrito de Columbia.

⁸¹ 18 U.S.C. § 981(b)(4).

⁸² Para ver una guía práctica sobre cómo solicitar el inicio de un procedimiento de decomiso sin condena en otro país, véase William H. Byrnes & Robert J. Munro (editores), *Money Laundering, Asset Forfeiture and Recovery and Compliance-A Global Guide*, Tema 13 “Cross Border Civil Recovery of Tainted Property” (Simser, J).

IV. CONCLUSIÓN

Estados Unidos está comprometido a ayudar a otros países a recuperar las ganancias obtenidas a partir de delitos cometidos en el extranjero que se han invertido o blanqueado en Estados Unidos. Los dos métodos para brindar asistencia –la ejecución de órdenes de decomiso y confiscación en el extranjero y el inicio de acciones de decomiso sin condena en virtud de la legislación sobre decomiso de activos de Estados Unidos–, si bien consumen mucho tiempo y recursos, han demostrado ser medios eficaces para derribar las barreras a la cooperación internacional que los delincuentes de toda índole han aprovechado tan alegremente. Esto puede servir de aliciente para quienes han participado durante muchos años en los esfuerzos por superar los obstáculos para aplicar efectivamente la ley que suponen los principios de soberanía. Así, hay motivos para esperar que en el próximo decenio se produzcan muchos más casos de este tipo, a medida que los profesionales aprendan a utilizar los instrumentos de que disponen actualmente y que el movimiento para adoptar esos instrumentos se extienda por todo el mundo.



Suiza

La recuperación de los activos Venezolanos en Suiza

Oscar Solórzano
Stefan Mbiyavanga¹

ÍNDICE

1 Sobre esta publicación	74
2 Público objetivo	74
3 Escenarios de trabajo	75
4 Recuperación de activos	76
4.1 Objetivo de la recuperación de activos	
4.2 Definición de activos	
4.3 Concepto de la recuperación de activos	
5 Recuperación de activos en el marco del proceso penal venezolano	80
5.1 Aspectos generales de la ALM en Suiza	
5.1.1 Objetivo, base legal y características	
5.1.2 Concepto y partes	
5.1.3 Condiciones	
5.2 Inicio del procedimiento de ALM	
5.3 Redacción de la solicitud de ALM	
5.4 Envío de la solicitud de ALM	
5.5 Ejecución de la solicitud de ALM en Suiza	
5.5.1 Levantamiento del secreto bancario	
5.5.2 Incautaciones	
5.5.3 Ejecución de sentencias extranjeras de decomiso en Suiza	
5.5.4 Ejecución de órdenes de decomiso sin condena (extinción de dominio)	
5.6 Procedimiento	
5.7 Transmisiones espontáneas	
6 Recuperación de activos en el marco del proceso penal suizo	96
6.1 Aspectos generales	
6.1.1 Competencia jurisdiccional	
6.1.2 Participación de Venezuela y sus instituciones como actor civil	
6.2 Identificación	
6.3 Incautación	
6.4 Decomiso	
6.4.1 Marco jurídico	
6.4.2 Marco procesal	
6.5 Restitución	
6.6 Venezuela como estado requerido	
7 Recuperación de activos en la Ley federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito	102
7.1 Incautación	
7.2 Decomiso	
7.3 Restitución	
7.4 Vías de derecho	
8 Recuperación de activos en el marco del proceso civil suizo	105
8.1 Bloqueo de activos	
8.2 Restitución	
9 Referencias doctrinales	107
10 Abreviaciones	107

1 SOBRE ESTA PUBLICACIÓN

El título de un periódico suizo de distribución nacional de enero de 2019 refirió: “Suiza es un refugio para los sobornos venezolanos”.²

En efecto, las investigaciones penales en Suiza, Estados Unidos, Brasil y otros países brindan algunas pistas de cómo el sistema financiero suizo ha sido abusado de manera sistemática para malversar fondos públicos del Estado venezolano. La prensa suiza³ e internacional⁴ regularmente informan de los complejos esquemas de corrupción que han sido utilizados para disimular activos ilícitos con la connivencia de la banca *offshore*. Asimismo, las investigaciones judiciales de diversos centros financieros han revelado la reiterada utilización de estructuras jurídicas en los esquemas de corrupción y de lavado de activos que involucrarían a funcionarios venezolanos y cuentas en la banca suiza⁵. Por otro lado, se conocen de aportes clandestinos a campañas políticas en Venezuela a través de cuentas en la plaza financiera suiza⁶.

Por tomar un ejemplo, la empresa estatal Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) - que, según expertos, genera a Venezuela más del 90% de sus ingresos de exportación⁷ - está en el centro de los numerosos escándalos de corrupción que sacuden al país. Los reportes de crónica judicial de varios países publican detalles de los juicios que enfrentan personas cercanas al régimen en jurisdicciones extranjeras donde se decide la suerte de los activos incautados.

La presente publicación tiene como objeto facilitar la labor de las autoridades venezolanas competentes para los procesos internacionales de recuperación de activos. Se describe de manera general el marco legal e institucional de un proceso de recuperación de activos en Suiza con la finalidad de aportar claridad sobre las distintas opciones legales que ofrece el derecho helvético. Por último, la presente publicación contiene varios temas de reflexión académica que pueden ser profundizados en un ambiente universitario.

2 PÚBLICO OBJETIVO

Esta publicación está dirigida principalmente a los operadores de justicia y otros actores que se enfrentaran a la problemática de la recuperación de activos de la corrupción transnacional en Venezuela.

Asimismo, se dirige a los actores políticos involucrados en la reforma del marco legal e institucional de la recuperación de activos en Venezuela.

2 Luzerner Zeitung, 27 de enero de 2019, Die Schweiz ist ein Hafen für venezolanische Schmiergelder.

3 Aargauer Zeitung, 9 de febrero de 2019, Banker frösteln wegen venezolanischem Korruptionssumpf: Jetzt ermittelt auch die Bundesanwaltschaft.

4 Guardian, 18 de febrero de 2019, Panama Papers 'tightened the noose' on offshore assets of Maduro's inner circle; Reuters, 21 de febrero de 2018, Watchdog probes Swiss banks over links to Venezuela graft case.

5 Cf. por ejemplo: United States District Court, Southern District of Texas, Houston Division, Decisión No. 19CR341, US v. Jose M. Gonzalez-Testino, 14 de mayo de 2019; Gotham City, 29 de enero 2020, PDVSA: enquête américaine se rapproche des intermédiaires suisses; Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 1C_502/2019 del 30 de Octubre de 2019.

6 O Estadão de S.Paulo, 17 de febrero de 2019, Suíça investiga propina à oposição venezuelana.

7 Reuters, 26 de diciembre de 2018, Special Report: oil output goes AWOL in Venezuela as soldiers run PDVSA.

3 ESCENARIOS DE TRABAJO

A la fecha, Venezuela no parece querer ser protagonista en los esfuerzos para recuperar los activos robados⁸. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia de otros países que han sido víctimas de corrupción pública, la situación puede cambiar rápidamente en el contexto de los cambios democráticos transicionales.

Como se reporta en los medios internacionales especializados, una proporción importante de los activos venezolanos sigue albergada en el centro financiero suizo. Cuando las condiciones en el nivel político y legal se cumplan en Venezuela, las autoridades competentes

estarán llamadas a iniciar la planificación e implementación de estrategias de recuperación de activos.

En vista de lo anterior, la presente contribución describe brevemente los mecanismos disponibles en el derecho suizo en relación a procesos internacionales de recuperación de activos.

Esta contribución identificará leyes e instituciones involucradas en los procesos de recuperación de activos y expondrá algunas experiencias prácticas reproducibles en el contexto venezolano.

Estructura del texto

Breve reseña de los conceptos básicos del proceso de recuperación de activos desde la perspectiva suiza (**Sección 4**).

Posibilidades para solicitar Asistencia Legal Mutua en materia penal de Suiza (ALM), para lograr la recuperación de activos en el marco de un proceso penal venezolano (**Sección 5**).

Posibles escenarios de recuperación que existen en el marco jurídico suizo. Es decir:

- Posibilidades para recuperar activos en el ámbito de un procedimiento penal en Suiza (**Sección 6**)
- Posibilidades para recuperar activos en el marco de un procedimiento administrativo especial en Suiza (**Sección 7**)
- Posibilidades para recuperar activos en el en el proceso civil suizo (**Sección 8**)

⁸ Gotham City, 23 de enero de 2020, Le Venezuela ne collabore pas: la Suisse classe la procédure contre Hector Dáger.

4 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

4.1 Objetivo de la recuperación de activos

El sistema de justicia penal suizo está principalmente concebido para castigar a los responsables de un hecho punible. Sin embargo, con respecto a la delincuencia económica generadora de ganancias ilícitas, la legislación suiza dispone de un amplio marco legal que le permite dirigir la acción de la justicia al incentivo económico (los activos ilícitos), con el fin de recuperarlos y regresarlos al erario.

Este objetivo es múltiple y deriva esencialmente del principio socio-ético de suma importancia para la sociedad democrática según el cual el criminal no puede disfrutar del beneficio que le genere el crimen. En ese contexto, Suiza y otros estados de la comunidad internacional han suscrito un gran número de tratados y convenios multilaterales internacionales que abordan específicamente a la recuperación de activos. Por el efecto vertical del derecho internacional, las disposiciones son aplicables a los estados signatarios y constituyen una base inicial para guiar los procesos internacionales de recuperación de activos.

Cabe mencionar, en particular, a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), en la cual la restitución de activos a los estados víctima del delito se considera como principio fundamental⁹ y se aborda en todo un capítulo (Capítulo V). Suiza y Venezuela son Estados Parte de la CNUCC.

4.2 Definición de activos

Los tratados internacionales en materia de recuperación de activos suelen contener definiciones amplias de activos o bienes. Tomando el ejemplo de la CNUCC, los activos pueden ser corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, e incluyen también los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

En el contexto de delitos de corrupción, los activos suelen asumir las siguientes formas:

- **Sobornos**

Las comisiones ilícitas recibidas por el funcionario se encuentra frecuentemente en el centro de esfuerzos de recuperación. En muchos casos, el soborno se esconde en centros financieros internacionales o se invierte, por ejemplo, en bienes raíces.

- **Fondos “ilícitos” destinados a campañas políticas**

Se trata de contribuciones, por ejemplo, de grupos empresariales, a las campañas políticas de candidatos válidos con el fin de crear una dependencia contraria a la ley. Algunas teorías permiten la recuperación de este tipo de activos en la medida en que se demuestren los elementos del delito de lavado de activos (carácter ilícito de los fondos de campaña y el conocimiento del receptor, al menos por dolo eventual) ya que, en los casos estudiados, existen evidentes maniobras de disimulación de parte del candidato recipiente.

⁹ Art. 51 CNUCC.

- **Fondos públicos malversados**

Los fondos públicos malversados a través de actos de corrupción también pueden ser objeto de un proceso de recuperación de activos. Esto incluye, por ejemplo, los activos del peculado, el simple hurto de activos públicos, pero también las ganancias ilícitas de las empresas privadas que se enriquecen de manera corrupta en el marco de proyectos con el estado.

- **“Kick backs”**

Los expertos financieros, auditores, contables y otros especialistas que desempeñan funciones claves en los esquemas de corrupción y lavado de activos suelen desviar un porcentaje de las sumas de los montos transferidos hacia sus propias cuentas. En algunos casos, estos activos también pueden recuperarse.

4.3 Concepto de la recuperación de activos

La recuperación de activos puede ser varias cosas en varios contextos. Desde un objetivo de política criminal hasta un objetivo social. Para efectos de esta publicación, sin embargo, la recuperación de activos es entendida como un proceso legal de carácter internacional que pone en relación a estados soberanos y que hace intervenir a diferentes instituciones judiciales y gubernativas, así como a marcos jurídicos, por lo general no armonizados, en un contexto internacional.

El proceso de recuperación de activos consta de cuatro fases:

- En la fase de **identificación** de activos, las autoridades administrativas y judiciales rastrean y localizan los activos potencialmente ilícitos. Normalmente, requiere de especialistas capacitados en el uso de diferentes técnicas de investigación financiera y marcos normativos que fomenten la interoperabilidad del sistema de detección de activos, donde un rol preponderante lo tienen las Policías financieras, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) y los Ministerios Públicos a través de sus fiscalías especializadas.
- La fase de **incautación o bloqueo** de activos tiene por objeto impedir la disipación, movimiento o destrucción de activos. Se trata de una medida cautelar de carácter temporal que afecta la posesión de los activos. En general, esta medida es ordenada por la fiscalía, el juez u otra autoridad competente.
- La fase relativa al **decomiso** de los activos ilícitos es la fase judicial donde opera concretamente la recuperación desde el punto de vista jurídico. En principio, el decomiso es ordenado por un juez al término de un proceso judicial. Siendo una medida definitiva que afecta la propiedad (titularidad) y presupone el establecimiento del vínculo causal entre el activo y la actividad ilícita que lo origina, en conformidad con las condiciones legales establecidas por la normativa aplicable. El decomiso tiene un efecto traslativo de la propiedad al estado.

- La **restitución o disposición** de activos¹⁰ es la fase final del proceso de recuperación de activos, en la que la decisión de decomiso se ejecuta y los activos decomisados se repatrian al estado víctima.

Cabe mencionar que las 4 fases no son necesariamente consecutivas. Se trata simplemente de una sistematización didáctica y teórica incorporada en la CNUCC que permite una comprensión sistemática de un proceso eminentemente complejo.

Por otro lado, estas fases pueden llevarse a cabo en diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, es posible que los activos sean identificados e incautados en Suiza y luego decomisados por las autoridades venezolanas, para finalmente tratar de recuperarlos a través de los mecanismos de la cooperación internacional en materia penal.

En aras de la simplificación y de una presentación más clara, a continuación, se distinguen por separado dos escenarios básicos:

Escenario **1** La recuperación de los activos ilícitos interviene en un proceso penal principal en Venezuela y bajo el marco normativo venezolano en la materia. **Proceso penal en Venezuela**

En el marco de una investigación penal en Venezuela, las autoridades pueden solicitar una ALM a Suiza, con la finalidad de, por ejemplo, obtener información sobre activos ubicados en cuentas suizas y solicitar su incautación, interrogar a testigos y otras medidas investigativas, en principio, sin restricción.

La incautación se realiza “con fines de decomiso”. Es decir, el aseguramiento de los activos y la información solicitada se justifica en la existencia de un proceso penal en curso en Venezuela donde el objetivo es la condena del criminal y el decomiso de los activos relacionados a sus crímenes. De este modo, las informaciones solicitadas alimentan el acervo probatorio en Venezuela con miras a obtener un decomiso judicial de los activos en el cual un juez (u otra autoridad competente) ordena el decomiso de los activos y su reincorporación al tesoro público.

Una vez obtenidos las órdenes de decomiso en el sistema de justicia de Venezuela sobre los activos malversados ubicados en Suiza, Venezuela deberá utilizar los mecanismos de la ALM con las autoridades suizas para ejecutar el decomiso ordenado por el juez venezolano en Suiza. Varias excepciones pueden existir a este principio en el marco de procesos complejos de recuperación de activos.

¹⁰ Art. 57(5) CNUCC.

Escenario la recuperación de los activos ilícitos interviene en el marco de un procedimiento principal – penal, administrativo o civil - en Suiza.

2

Proceso en Suiza

Alternativamente - o en paralelo - se puede llevar a cabo un proceso penal en Suiza. Existen varias opciones para las autoridades venezolanas de participar en este proceso y brindar elementos de prueba para que Suiza pueda identificar, incautar y decomisar los activos como parte de la persecución del delincuente o en el marco de un proceso de decomiso sin condena.

Las tratativas entre las autoridades suizas y venezolanas podrían definir las modalidades de restitución de los activos a Venezuela. La jurisprudencia constante de los tribunales suizos confirma que la restitución de los activos de la corrupción es una prioridad para Suiza.

Desde hace más de 30 años, el derecho suizo ha desarrollado un marco legal único en el mundo para restituir activos en los ámbitos penal, civil y administrativo. Por ese motivo, la coordinación con las autoridades suizas desde el inicio de cualquier intento de recuperación de activos en la plaza financiera suiza, parece una pieza clave de la estrategia.

Ambos escenarios serán analizados en mayor detalle. En primer lugar, se analizarán las opciones para cooperar con las autoridades suizas en el marco de un proceso penal en Venezuela (Sección 5.). En segundo lugar, se esbozarán las oportunidades para Venezuela de recuperar activos dentro de un proceso penal, administrativo o civil en Suiza (Sección 6 y ss.).

5 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Esta hipótesis de trabajo se realiza cuando las autoridades penales venezolanas inician un proceso penal sobre la base de hechos punibles de su competencia que resultan en la transferencia de activos ilícitos a una o varias cuentas bancarias en Suiza

El proceso penal en el Estado Requirente o víctima (Venezuela), en el cual el juez penal ordena el decomiso definitivo y ejecutable sobre los activos ubicados en Suiza, sigue siendo la forma ordinaria para recuperarlos en un contexto internacional. El derecho suizo considera que, en principio, la restitución de los activos se efectúa sobre la base de una sentencia final en materia penal que se pronuncia sobre la titularidad de los activos¹¹. Como consecuencia de ello, se crea una interacción entre dos estados que tiene efectos sobre la aplicación de normas exclusivamente nacionales, entre otras cosas.

El derecho aplicable a esta interacción contempla una serie de herramientas normativas de carácter administrativo y penal que se aplican en el contexto de las relaciones internacionales entre estados soberanos, las que son reguladas por el derecho internacional público. La ALM es el mecanismo procesal que hace posible la interacción entre los estados. Su propósito es favorecer la persecución de crímenes graves en un contexto internacional. Dicho de otro modo, la ALM es el mecanismo procesal que permite la aplicación del derecho material penal de fondo en un contexto internacional, de allí que se desarrolla en el contexto de la cooperación judicial en materia penal.

Por lo expuesto, esta contribución define someramente los conceptos básicos de la de asistencia legal mutua en materia penal (ALM).

5.1 Aspectos generales de la ALM en Suiza

5.1.1 Objetivo, base legal y características

La persecución de los crímenes económicos y la libre circulación de capitales reposan sobre lógicas antagónicas. De un lado, el libre intercambio de capitales en el sistema financiero internacional es objeto de regulaciones mínimas para facilitar las transacciones internacionales vitales para la economía; de otro, sin embargo, la justicia penal está, en principio, circunscrita al espacio geográfico y territorial del estado que persigue el crimen. Esta dicotomía, tendrá consecuencias importantes en los esfuerzos de las autoridades venezolanas para perseguir a los perpetradores de los crímenes y para recuperar los activos de la corrupción. La ALM es la herramienta que permiten a los Estados prestarse mutuamente asistencia en la lucha contra la criminalidad internacional. La ALM es una herramienta que ha sido diseñada para realizar actuaciones procesales en el extranjero, como por ejemplo, la identificación de hechos, informaciones y elementos de prueba¹² con el fin de facilitar la represión de delitos internacionalmente.

¹¹ Ver Artículo 74a LALM. La misma regla existe en el Artículo 57(3) CNUCC; guía Legislativa, p. 328, nota interpretativa: A/58/422/Add.1, párr. 69. En ambos cuerpos legislativos, la condición de una sentencia final y ejecutable puede sufrir excepciones.

¹² Zimmermann 2019, 798.

Por otro lado, el principio de soberanía prohíbe cualquier acto oficial de un estado extranjero sobre el territorio suizo sin el consentimiento de la autoridad competente. La primera consecuencia del principio de soberanía es que en los procesos internacionales de restitución de activos Suiza aplicará prioritariamente su propio derecho en los pedidos de ALM venezolanos (principio de territorialidad). Todos los principios penales administrativos y constitucionales del derecho suizo son en principio aplicables a las medidas de ALM solicitadas por Venezuela. A defecto de tratado bilateral entre Suiza y Venezuela, la base legal y los principios aplicables para la ALM en los procesos de recuperación de activos se definen en tratados internacionales multilaterales como, por ejemplo, la CNUCC¹³. La ejecución de las medidas de ALM solicitadas por Venezuela se realizarán en Suiza sobre la base de la “Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua” (LALM).¹⁴

Sus características principales son:

La ALM es legal, porque se ordena, para los fines de un proceso judicial en el estado requirente¹⁵.

La ALM es internacional, porque pone en relación a autoridades de diferentes estados, el Estado Requirente (o recipiente) y el Estado Requerido (o víctima).

La cooperación se efectúa en materia penal, porque trata de facilitar la represión de una actividad reprimida por el derecho penal material. Así se distingue de la cooperación en materia civil y de la cooperación en materia administrativa¹⁶.

Cabe señalar que las autoridades suizas pueden brindar ALM a instituciones administrativas, en la medida en que estas disponen de poderes sancionatorios y que las informaciones serán explotadas en el marco de un proceso relacionado con un comportamiento incriminatorio. Asimismo, los procedimientos que sirven para el decomiso o la restitución de activos delictivos también se califican como materias penales, incluso si un tribunal civil o administrativo del Estado requirente decide sobre ellos.¹⁸

5.1.2 Concepto y partes

La ALM es una de las varias formas de cooperación judicial en materia penal, que incluyen a la extradición, la transferencia de imputados o sentenciados y al ejecución de decisiones judiciales extranjeras. A través de la ALM – también conocida como asistencia jurídica internacional, carta rogatoria, cooperación penal internacional auxiliar o auxilio judicial – se pueden realizar todos los actos oficiales y procesales relacionados con los procesos penales en Venezuela.

¹³ Ver, por ejemplo, art. 46 y 57 CNUCC.

¹⁴ Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua, SR. 351.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19810037/index.html>

¹⁵ Por lo general, se entiende como proceso judicial aquel proceso que ofrezca la posibilidad de llamar a un Juez. La calidad de Juez se determina con base a los principios encontrados en el artículo 13(1) del Pacto NU I

¹⁶ Cabe señalar, que los estados generalmente aplican una interpretación sumamente amplia del término materia penal. En Suiza, por ejemplo, se exige que el procedimiento en el estado requirente se refiera a una acusación penal o a un asunto relacionado con un delito penal, cf. POPP 2000, 4; Zimmermann 2019, 6 et seq.

¹⁷ Comentario de Basilea-LALM-Heimgartner, Art. 64, párr. 34.

¹⁸ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 125 II 258.

La ALM pone en relación a dos o más estados soberanos: Se distingue entre el Estado que solicita la cooperación (el Estado Requirente) y el que recibe el pedido (el Estado Requerido).

El Estado Requirente

In casu, Venezuela que solicita la ejecución de una medida de ALM, para progresar en una investigación o un proceso judicial llevado a cabo por sus propias autoridades o para ejecutar una orden de decomiso.

Estado Requerido

In casu, Suiza cuyas autoridades reciben la solicitud de cooperación y cuya regulación se aplicará a la ejecución del acto solicitado.

En la dinámica de la ALM puede existir un intercambio de roles entre estas categorías. Suiza puede, por ejemplo, tener un interés en utilizar la ALM con Venezuela para identificar elementos probatorios útiles a una investigación suiza por lavado de activos u organización criminal cuyos delitos precedentes se realizaron en Venezuela. En la práctica, esta situación es bastante común, por lo que la coordinación estrecha entre autoridades centrales de ambos estados para explorar las sinergias e intereses mutuos, resulta estratégicamente útil.

5.1.3 Condiciones

Debido a que Suiza y Venezuela no han concluido un acuerdo sobre ALM, las condiciones de la ALM que permiten a las autoridades suizas brindar asistencia a sus contrapartes venezolanas se definen según la normatividad doméstica de Suiza: La Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua (LALM).

A continuación, se presentan brevemente algunos de las condiciones básicas:

- **Materia penal y reciprocidad:** Suiza podrá otorgar ALM a las autoridades venezolanas, siempre y cuando se haya iniciado una investigación penal en Venezuela por una autoridad competente, material y jurisdiccionalmente. Venezuela debe por su parte, garantizar la reciprocidad¹⁹.

¹⁹ Art. 8 y 63(3) LALM.

Es decir, que las autoridades venezolanas se comprometen a través de una declaración explícita a brindar ALM a las autoridades suizas en un contexto análogo (cláusula de reciprocidad).

- **Exclusión de los delitos fiscales:** El derecho suizo excluye la ALM en lo que concierne los delitos en materia fiscal, con excepción del delito fraude o la estafa fiscal.²⁰
- **Crímenes propicios a la ALM:** Por un lado, las infracciones perseguidas en Venezuela deben tener cierta gravedad para dar lugar a la ALM. Por otro lado, en el caso particular de las investigaciones por lavado de activos (o de organización criminal,) Venezuela deberá precisar en un estándar adecuado el o los delitos subyacentes para que Suiza pueda otorgar la ALM. Cabe señalar que, el derecho suizo divide las infracciones penales en contravenciones, delitos y crímenes. Solo estos últimos pueden, según el derecho suizo, constituir delitos precedentes del lavado de activos.²¹
- **Doble incriminación:** Los hechos expuestos en la solicitud de ALM tienen que corresponder a los elementos de una infracción reprimida no solamente por el derecho del Estado Requirente, sino también por el derecho penal suizo (Condición de doble incriminación)²². No se exige que

los actos descritos en la solicitud reciban la misma calificación jurídica (nomen iuris) en la legislación de los dos Estados o que sean punibles con penas equivalentes²³. Basta con que los actos constituyan delitos en ambos Estados que normalmente dan lugar a la ALM²⁴. Por otro lado, en el escenario según el cual se solicita ALM sobre la base de varias infracciones, es suficiente que una de ellas respete la doble incriminación para ejecutar la medida solicitada. Al respecto cabe precisar que Suiza no proporcionará ninguna asistencia en las investigaciones o procedimientos relacionados con infracciones que considere como actos de naturaleza política²⁵, o cuando se trate de infracciones de carácter militar.²⁶

- **Doble incriminación en práctica**
- La ausencia de la doble incriminación es una de las razones más comunes para el rechazo de solicitudes de ALM en Suiza. Por lo tanto, es de enfatizar la importancia de formular los hechos contenidos en las solicitudes de manera que las autoridades suizas puedan subsumirlas en una norma penal suiza. Es decir, el ejercicio hipotético según el cual la autoridad suiza determina, a partir de una apreciación de los hechos subyacentes de la solicitud de ALM, si los hechos descritos en la asistencia hubieran ocurrido en territorio suizo

20 Art. 3(3) LALM; OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

21 Ver Título 2: Condiciones de la represión, art. 10 ss y 305bis (lavado de activos) del Código Penal suizo.

22 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 2.

23 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 124 II 184; 117 Ib 338; 112 Ib 225.

24 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 124 II 184; 117 Ib 338; 112 Ib 225.

25 Art. 3 LALM.

26 Art. 3 LALM; Por ejemplo, el rechazo a servir en el ejército o la desertión.

hubieran dado lugar a una persecución de carácter penal (interpretación abstracta de la doble incriminación).

Al respecto, cabe destacar que, Suiza no ha penalizado el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencia. Por consiguiente, la persecución del delito de lavado de activos sobre la base de estos delitos previos puede resultar problemática. No obstante, Suiza puede brindar ALM en los procesos extranjeros que investigan conductas corruptas sobre la base de estas disposiciones penales no tipificadas en Suiza, si la descripción de los hechos contiene claros indicios de, por ejemplo, el pago de comisiones ilícitas, lo que constituiría en Suiza el crimen de corrupción.

- **Derechos fundamentales, estado de derecho y orden público:** Los defectos graves del procedimiento extranjero (por ejemplo, las violaciones a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) o al Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos) constituyen asimismo motivos para la denegación de ALM²⁷. La solicitud de ALM será igualmente inadmisibles cuando el procedimiento en el extranjero tienda a perseguir o a castigar a una persona por causa de sus opiniones políticas, de su pertenencia a un grupo social determinado, de su raza, religión o de su nacionalidad.²⁸

- **Especialidad:** Es el principio según el cual la ALM se concede a condición de que las autoridades del Estado Requirente utilicen los elementos de prueba (por ejemplo, documentos bancarios) únicamente para fines de investigación o como medios de prueba en procedimientos relativos a infracciones para las que la ALM fue admitida²⁹. Este principio es una expresión de la soberanía de Suiza quien decide, incluso después de la ejecución de la ALM, sobre el destino y utilización de los elementos de prueba recabados por sus autoridades y en su territorio.

Especialidad en la práctica

- La arquitectura institucional de varios de los ministerios públicos de Sudamérica organiza a la persecución penal en fiscalías especializadas según los delitos que se persiguen. Pueden, por ejemplo, existir fiscalías que persigan independientemente y sin coordinación aparente los delitos de corrupción, lavado de activos y organización criminal.
- Potencialmente las informaciones obtenidas por una de estas fiscalías especializadas son de interés de las otras que investigan el mismo hecho punible desde una perspectiva distinta, i.e. la fiscalía especializada en corrupción investiga el acto corrupto mientras que la fiscalía de lavado de activos los mecanismos de ocultamiento de los activos ilícitos originados en el acto de corrupción.

²⁷ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

²⁸ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

²⁹ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

Por este motivo, resulta indispensable en una estrategia de recuperación de activos que exista algún tipo de mecanismos de coordinación entre estas fiscalías y que se planteen soluciones aceptables (cláusulas de especialidad) al Estado Requerido para que la información pueda ser utilizada libremente donde existe unidad del hecho investigado.

- **Proporcionalidad:** El procedimiento de ALM se rige por el principio de proporcionalidad. De manera general, el principio de proporcionalidad requiere que una medida coercitiva sea idónea para obtener un resultado esperado y que éste no puede ser realizado a través de una medida menos invasiva³⁰. El principio exige que la medida no vaya más allá del objetivo esperado y que exista un equilibrio razonable entre este objetivo que se persigue con la medida coercitiva y los intereses públicos o privados comprometidos.³¹

5.2 Inicio del procedimiento de ALM

El procedimiento de ALM se inicia en una investigación fiscal o judicial. Sin embargo, antes de iniciar el procedimiento de ALM, las autoridades venezolanas deben tener en cuenta que la ALM es una entre diversas posibilidades para lograr, por ejemplo, la obtención de información bancaria de Suiza. La ALM debe

considerarse en este sentido como una medida de *ultima ratio*. Un ejemplo clásico consiste en la obtención de información societaria. Para obtener tales datos, las autoridades venezolanas pueden utilizar los datos de fuente abierta o consultar los registros comerciales disponibles en la red³². En el caso de informaciones de carácter financiero que no implican el levantamiento del secreto bancario o que no afectan a la esfera legalmente protegida de las personas jurídicas o naturales investigadas, los intercambios celeres entre las UIF deberían dar mejores y más rápidos resultados.

A fin de determinar el procedimiento más apropiado, el fiscal debe, en primer lugar, averiguar si la diligencia deseada no puede solicitarse a través de los canales de cooperación informal. En definitiva, se trata de una decisión estratégica del investigador que tiene consecuencias importantes para su investigación. Por ejemplo, un bloqueo de cuentas o la solicitud de una medida coercitiva prematuros pueden alertar al beneficiario económico de una cuenta bancaria y provocar otros actos de ocultamiento de activos y de evidencia. En algunos países, que incluyen a Suiza, la persona afectada por la medida coercitiva extranjera es puesta en conocimiento de la solicitud de ALM y la legislación le otorga el derecho de oposición.

30 Art. 36(3) Constitución Suiza; art. 63(1) LALM.

31 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 122 II 195; Zimmermann 2019, 790.

32 Disponible en: <https://www.zefix.ch>.

La cooperación informal y administrativa

La cooperación informal puede definirse como cualquier ayuda oficial al margen de una solicitud de ALM. Esta incluye medidas de investigación no coercitivas como la recopilación de información pública, la vigilancia, la toma voluntaria de testimonios, etc. A diferencia de la ALM - que tiene canales de transmisión claramente definidos - la cooperación informal puede llevarse a cabo de manera directa entre contrapartes: conversaciones telefónicas, intercambios a través de correos electrónicos o en reuniones en persona. Asimismo, existen muchas redes formalizadas que permiten compartir inteligencia financiera o policial entre autoridades, por ejemplo, la Red Iberoamericana de recuperación de activos, la red del GAFI (RAGG), Interpol, entre otras. Es de enfatizar que la información recopilada a través de la cooperación informal generalmente no es admisible ante un tribunal y sirve como “inteligencia” o información de trasfondo. Se utiliza principalmente para fines investigativos o para sustentar una solicitud de ALM³³. Por ejemplo, sería en principio posible obtener detalles de una cuenta bancaria mediante asistencia informal que resultan útiles en

la elaboración de una solicitud de ALM que solicita la incautación de la cuenta en el marco del proceso penal en Venezuela³⁴.

La cooperación administrativa entre unidades de inteligencia financiera (UIF)³⁵ se realiza según leyes nacionales³⁶ y los parámetros establecidos por el Grupo Egmont³⁷. La importancia de la cooperación administrativa es por otro lado enfatizada por los artículos 48 y 50 de la Convención de Mérida³⁸. Además, en algunas jurisdicciones se pueden conseguir medidas provisionales de emergencia a través de la asistencia administrativa, a pesar de que deberá realizar una solicitud de ALM con posterioridad³⁹. Para explorar tales opciones, se recomienda que el fiscal contacte informalmente a sus contrapartes o - a través de su propia autoridad central - a la autoridad central suiza, la Oficina Federal de Justicia (OFJ) a fin de explorar las posibilidades existentes.

5.3 Redacción de la solicitud de ALM

Si se determina que la solicitud de ALM es la estrategia más adecuada, el fiscal o el juez inicia el proceso de redacción de la solicitud. La solicitud de ALM debe cumplir ciertos requisitos de fondo y forma del derecho venezolano

33 Brun et al. 2011, 157.

34 Brun et al. 2011, 159.

35 Brun et al. 2011, 157.

36 Ley federal sobre las oficinas centrales de la policía criminal de la Confederación y los centros conjuntos de cooperación policial y aduanera con otros estados, SR. 360, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940242/index.html>; Ordenanza sobre la MROS, SR. 955.23, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20031873/index.html>.

37 El Grupo Egmont es una red mundial de Unidades de Inteligencia Financiera. Hace uso del sistema Secure Web Egmont, a fin de que la comunicación entre los miembros de la red y el intercambio de información e inteligencia financiera sea segura, cf. GAFILAT et al. 2015, 23.

38 Véase también los art. 26 y 27 Convención de Palermo, art. 9 Convención de Viena, Recomendación N°40 del GAFI.

39 Brun et al. 2011, 157.

y suizo. Esta contribución describe brevemente las condiciones impuestas por el derecho suizo.

- La ALM se realiza por escrito.
- La solicitud de ALM debe tener una redacción simple y clara y estar traducida al idioma alemán, francés o italiano.
- Una redacción simple y directa facilita no solamente la traducción de la solicitud, sino también su comprensión por parte de las autoridades suizas⁴⁰. Salvo casos excepcionales, los pedidos de ALM no necesitan una sustentación a ese nivel. Por tanto, no se deben anexar actuaciones judiciales completas a una solicitud de ALM. El contenido de esta se encuentra beneficiada de la buena fe pública internacional, incluso cuando el Estado requirente y el Estado requerido no están vinculados por un tratado bilateral.⁴¹

La Oficina Federal de Justicia de Suiza ha publicado guías para la redacción de solicitudes en castellano en su página web⁴². Además, las autoridades suizas están generalmente dispuestas al diálogo respecto de las condiciones de derecho suizo para ejecutar exitosamente la solicitud y para anticipar y superar posibles barreras. Asimismo, cuando sea posible y practicable, la autoridad requirente puede solicitar una revisión de informal de un proyecto de ALM a la Oficina Federal de Justicia, a fin de obtener comentarios sobre su ejecutabilidad.

5.4 Envío de la solicitud de ALM

Una vez finalizada, la solicitud de ALM, esta deberá ser enviada por la vía diplomática, siendo que Venezuela y Suiza no están vinculados por un tratado sobre ALM. La Oficina Federal de Justicia de Suiza es la encargada de recibir las solicitudes de la embajada venezolana en Suiza.⁴³

Sin embargo, con el surgimiento de convenios globales como la CNUCC y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada⁴⁴, los estados generalmente se comunican a través del sistema de autoridades centrales. Las autoridades centrales permiten agilizar los pedidos de asistencia habilitando un canal de comunicación directo entre Estado Requirente y Requerido.⁴⁵

- Recibir solicitudes de cooperación emanados de los órganos competentes de su país, verificar si cumplen con los requisitos formales y remitirlos a la autoridad central de país al cual va dirigida la solicitud. Posteriormente al envío, las autoridades centrales pueden hacer seguimiento del estado del procedimiento en el país requerido.
- Del mismo modo, recibe este tipo de requerimientos de las autoridades centrales extranjeras y los presenta ante el órgano jurisdiccional correspondiente a fin que éste, de ser el caso, ejecute la medida.⁴⁶

⁴⁰ Brun et al. 2011, 177.

⁴¹ Zimmermann 2019, 197 y ss.

⁴² Disponible en: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/beweiserhebung.html>.

⁴³ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 4.

⁴⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

⁴⁵ Bondar 2015, 15.

⁴⁶ Bondar 2015, 15.

El sistema de autoridades centrales establecido en las convenciones de la ONU, permite la creación de las autoridades centrales según los crímenes subyacentes. Como consecuencia de esto, es posible que un país tenga varias autoridades centrales. En virtud de los delitos que se persiguen, la autoridad central asignada a la CNUCC debería ser la autoridad central competente en este caso. Por lo general se necesita una base legal bilateral para la comunicación directa entre las autoridades centrales, por ejemplo, un tratado de cooperación bilateral en materia penal.

Buena práctica

La ausencia de un tratado entre Venezuela y Suiza no se debería entender en el sentido que las autoridades centrales no se pueden comunicar rápida y eficientemente, provocando la parálisis del procedimiento ALM y del proceso penal originario.

En efecto, la CNUCC (Suiza y Venezuela son signatarias de este instrumento internacional) permite a los Estados Requerido y Requirente utilizar supletoriamente el artículo 46 CNUCC como una base legal suficiente para cooperar. Los párrafos del art. 46 CNUCC sirven, si las partes así lo consideran, como tratado de cooperación internacional en materia penal.

La aplicación del artículo 46 CNUCC hizo posible que las autoridades centrales de Perú y de Luxemburgo se comuniquen

eficientemente a pesar de la inexistencia de un tratado bilateral entre ambos países. Esta cooperación les permitió a las autoridades peruanas, solicitar celeramente la ejecución de una sentencia final de decomiso peruano en Luxemburgo en el caso de las cuentas de Montesinos.⁴⁷

5.5 Ejecución de la solicitud de ALM en Suiza

La Oficina Federal de Justicia examinará sumariamente si la solicitud de ALM satisface las exigencias formales⁴⁸. De no ser el caso, se invitará a la autoridad competente de Venezuela para que precise o complete la solicitud⁴⁹. Por el contrario, si la solicitud cumple con las exigencias, será transmitida a una autoridad de ejecución⁵⁰. En los casos de corrupción internacional y lavado de activos, la autoridad de ejecución suele ser el Ministerio Público de la Confederación⁵¹.

La autoridad de ejecución examinará si la solicitud reúne todas las condiciones materiales necesarias para la concesión de la medida solicitada y ordenará, de ser el caso, la ejecución (por ejemplo, de la medida de incautación) de la solicitud de ALM⁵².

47 Baselgovernance.org, 12 de noviembre de 2018, Peruvian judiciary confiscates Luxembourg account of Montesinos' arms dealer.

48 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

49 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

50 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

51 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

52 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 6.

5.5.1 Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario protege al cliente del banco contra la revelación a terceros de toda información relativa a su relación comercial protegida legalmente en Suiza⁵³. Sin embargo, si la información se solicita en el marco de un proceso penal nacional o extranjero, el banco y sus empleados están legalmente obligados a revelar información confidencial a pedido de una autoridad competente⁵⁴.

Para que un pedido de ALM pueda ser ejecutado en Suiza, se debe contemplar las siguientes consideraciones⁵⁵:

- El pedido de levantamiento del secreto bancario debe contener datos precisos sobre las cuentas objeto de la medida solicitada⁵⁶. Mínimamente se debe consignar en la solicitud los nombres de los titulares y derecho habientes (beneficiarios económicos) de las cuentas, el nombre y ciudad donde se encuentra el banco. El número de cuenta por el contrario no es una condición de ejecutabilidad en Suiza.
- Un aspecto clave de esta etapa de ALM es el estándar de prueba que requiere el derecho suizo para ejecutar la medida solicitada. En el caso del levantamiento del secreto bancario, las autoridades suizas aplican el estándar de la “causa probable” o “verosimilitud”. Según este estándar,

se requiere una descripción de los hechos que permita a las autoridades suizas apreciar que existen elementos objetivos y fundados para creer que un crimen ha sido cometido y que existe una investigación en curso que necesita de la medida solicitada vía ALM.

- Solo se podrá levantar el secreto bancario en la medida en que sea necesario para que las autoridades penales del Estado Requirente establezcan la verdad⁵⁷.
- El levantamiento del secreto bancario será denegado por las autoridades suizas cuando los documentos solicitados no guarden relación con el delito que se persigue y son manifiestamente inadecuados para avanzar la investigación, de modo que la solicitud aparece como un pretexto para realizar una búsqueda indeterminada de pruebas (*fishing expedition*)⁵⁸.

Según la jurisprudencia, las autoridades suizas están obligadas a facilitar a las autoridades del Estado Requirente todos los documentos relacionados con los hechos mencionados en la solicitud de ALM⁵⁹.

53 Zimmermann 2019, 424.

55 Cf. Art. 173(1) CPP; Zimmermann 2019, 424.

55 Otras condiciones pueden ser impuesta en razón de la naturaleza del caso.

56 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

57 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

58 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

59 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 122 II 367.

5.5.2 Incautaciones

La autoridad de ejecución suiza puede declarar la incautación de activos en cuentas suizas solicitadas por la autoridad extranjera si estos fondos pueden últimamente ser decomisados. En el marco de la ALM, se exige que la solicitud presentada por las autoridades del Estado Requirente demuestre un nexo causal entre los activos y la infracción bajo investigación⁶⁰. Es decir, demostrar en un estándar de causa probable que los activos objeto de la medida de incautación son los el producto o los instrumentos del crimen.

En principio, no se requiere una decisión judicial emitida por Estado Requirente para solicitar la incautación de activos en Suiza. La competencia para emitir la ALM está regulada generalmente en la ley del Estado Requirente (Venezuela). Una distorsión importante de regímenes nacionales puede aparecer en relación a este pedido de ALM según lo que se observa en algunos países de la región. En efecto, en la mayoría de estados la incautación es una medida de carácter judicial que es ordenada por un juez. En Suiza, por el contrario, la medida puede ser ordenada por un fiscal sin el concurso del juez, e incluso por la UIF en circunstancias particulares. Esta diferencia de procedimientos ha generado confusiones en países como Venezuela, que prevén un requisito de aprobación judicial para la imposición de incautaciones en los procesos penales nacionales.

Lección aprendida

Procedimiento de incautación en el marco de la ALM

Cabe enfatizar que la incautación vía la ALM no debe equipararse a la medida de incautación en el procedimiento doméstico. No es competencia de los tribunales del Estado Requirente pronunciarse sobre incautaciones de activos situados fuera de su propia jurisdicción.

Las autoridades del Estado Requirente se limitan a la preparación y envío de la solicitud de ALM siguiendo los protocolos propios del derecho administrativo que rige la función de las autoridades centrales y respetando las condiciones de la ALM. Sin embargo, la incautación efectiva se efectúa en Suiza bajo las condiciones del derecho penal suizo. Es en esta etapa donde se afectan los derechos del titular del activo, por lo que se justifica que sean las autoridades suizas - en aplicación de sus reglas - quienes ordenen y ejecuten la medida de incautación. Los principios de territorialidad y soberanía que gobiernan la ALM se aplican en este procedimiento.

Por lo expuesto, y aunque existe controversia en la crónica judicial sobre este punto, el fiscal venezolano, si está dentro de sus competencias, podrá ordenar la incautación de activos e información bancaria relevante en Suiza para su investigación.

⁶⁰ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 130 II 329; Zimmermann 2019, 792 y ss.; Por lo tanto, el monto incautado no puede ser superior al presunto producto del delito que el estado requirente busca decomisar.

Naturaleza administrativa

- Redacción de solicitud de ALM por las autoridades competentes de Venezuela.
- Envío de la solicitud por vía consular a la autoridad central del estado requerido (en el caso de Suiza, la autoridad central es la Oficina Federal de Justicia).

Naturaleza procesal

(A cargo del estado
requerido)

- La autoridad central del estado requerido evalúa el cumplimiento de la solicitud con los requerimientos establecidos por la normativa.
- Ejecución de la medida por las autoridades competentes del estado requerido, conforme a su normativa interna.

5.5.3 Ejecución de sentencias extranjeras de decomiso en Suiza

Las medidas de incautación se realizan con fines de decomiso. Al término de un proceso judicial que respete las garantías básicas del debido proceso, el juez venezolano deberá ordenar el decomiso de los activos localizados en Suiza. La ejecución de la sentencia venezolana de decomiso deberá entonces ser ejecutada en Suiza a través de los canales de la ALM.

El procedimiento para la ejecución de sentencias extranjeras de decomiso está regulado en el artículo 74a LALM. Al igual que en los otros tipos de ALM, el Estado Requirente debe presentar una solicitud de ALM para iniciar el procedimiento. Si se aprueba la solicitud de ALM, los activos decomisados por la orden de decomiso extranjera se restituyen al estado requirente.

Según el Art. 74a (2) LALM , son restituidos:

- Los instrumentos que hayan servido para cometer la infracción.
- El producto de la infracción, así que los activos que lo remplazan o las ventajas ilícitas.
- Regalos y otros beneficios utilizados o destinados a ser utilizados para decidir o recompensar al autor de la infracción, así como los activos que lo remplazan.

El derecho suizo exige la demostración de un nexo causal entre el delito y el activo cuya restitución se solicita. Según la jurisprudencia, en el delito debe estar la causa esencial y adecuada del activo⁶¹.

En otras palabras, la obtención del activo debe aparecer como la consecuencia directa e inmediata del delito⁶². En el contexto de delitos financieros, como lo es el lavado de activos, una de las medidas más comunes para establecer el nexo generalmente es de reconstituir el rastro documental o ruta del dinero (*paper trail*).

En principio, Suiza no verifica la veracidad de los hechos establecidos por el Estado Requerente, salvo que estos sean visiblemente falsos⁶³. Sin embargo, el legislador dejó un margen de discreción a la autoridad de ejecución para determinar si el nexo entre el delito y el activo ha sido adecuadamente establecido en la orden de decomiso extranjera. Suiza se reserva el derecho de denegar la restitución

de activos cuyo decomiso se ordenó sobre la base de un desbalance entre el patrimonio lícito de una persona y los activos de los que realmente dispone (decomiso por enriquecimiento ilícito)⁶⁴.

Por último, cabe señalar que también existe un procedimiento especial de ejecución de todo tipo de sentencia extranjera en los artículos 94 y ss. de la LALM (procedimiento de exequatur). Sin embargo, siendo que el artículo 74a LALM ha sido introducido especialmente para la ejecución de órdenes extranjeras de decomiso, y, además, es más rápido y simple que el procedimiento de exequatur, se aconseja dar prioridad a este procedimiento⁶⁵.

Restitución anticipada

Según el párrafo 3 del artículo 74a LALM, la restitución de activos se efectúa “por regla general” sobre la base de una decisión definitiva y ejecutable del estado requerido. Sin embargo, en casos excepcionales, es posible de restituir activos de manera anticipada; es decir, antes de la emisión de una orden de decomiso por las autoridades competentes del Estado Requerido. Los requisitos mínimos son:

1. Los bienes en cuestión puedan atribuirse sin duda alguna a una actividad ilícita y,

61 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 453 (461); Tribunal Federal Penal Suiza, Decisión N° RR.2014.146 del 13 de enero de 2015.

62 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 453 (461); Tribunal Federal Penal Suiza, Decisión N° RR.2014.146 del 13 de enero de 2015.

63 Ver, por ejemplo, un caso involucrando Etiopía: Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (175); Zimmermann 2019, 357.

64 Zimmermann 2019, 358

65 Cf. también Zimmermann 2019, 355.

2. Existen particularidades en el caso que justifiquen la renuncia a la exigencia de la orden de decomiso.

El Tribunal Federal precisó que la frase “por regla general” le da una amplia margen de discreción a la autoridad de ejecución⁶⁶. En particular, en lo que concierne al segundo criterio, hasta ahora no se ha podido definir una línea clara en la jurisprudencia. Sin embargo, cabe señalar que solicitar la restitución anticipada puede ser particularmente oportuno en casos de activos provenientes de actividades de organizaciones criminales. En el caso involucrando activos malversados por el ex presidente de Nigeria, Sani Abacha, y sus familiares, el Tribunal Federal de Suiza estableció el principio que son restituyibles anticipadamente todos los activos de “origen manifiestamente ilícito” a disposición de una organización criminal o de los integrantes de la organización. El Tribunal consideró el clan de Sani Abacha como organización criminal y restituyó así parte de los activos en bancos suizos⁶⁷.

5.5.4 Ejecución de órdenes de decomiso sin condena (extinción de dominio)

En vista de que el legislador venezolano está en proceso de introducir una ley de extinción de dominio⁶⁸, es previsible que Venezuela se enfrentará pronto a la cuestión de la ejecución de tales órdenes de decomiso en Suiza. Por lo tanto, parece apropiado mencionar algunos aspectos específicos al respecto.

Como ya se mencionó, es de suma importancia para que las autoridades suizas presten asistencia, que las actuaciones procesales en el estado requirente garantizan plenamente los derechos procesales y otros derechos fundamentales reconocidos a nivel convencional internacional. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁹, así como del Tribunal Federal de Suiza⁷⁰, el decomiso sin condena se ajusta a esta condición, en la medida en que se limita a decomisar activos ilícitos.

Por lo tanto, la extinción de dominio - que en la opinión aquí expresada es un tipo de decomiso sin condena - constituye en principio un procedimiento al cual las autoridades suizas pueden brindar ALM, durante la investigación y ejecución de los órdenes de decomiso. Dicho esto, la capacidad de cooperar de las autoridades suizas dependerá en definitiva de las características que se le otorgue a la futura ley venezolana.

66 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 123 II 595

67 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (184).

68 Cf. Proyecto de ley de recuperación de activos.

69 Por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gogitidze and others v. Georgia*, 12 May 2015, Appl. No. 36862/05, párr. 105.

70 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 132 II 178

5.6 Procedimiento

Cabe enfatizar que el procedimiento de ALM en Suiza no sólo abarca a las autoridades helvéticas y las autoridades solicitantes del estado requirente. Por el contrario, el estado requirente no tiene ningún derecho de participación o información en el procedimiento de ejecución en Suiza.

A la persona afectada por la medida solicitada, por otra parte, se le garantiza una amplia gama de derechos. No podrá formular ningún recurso contra la resolución introductoria, pero goza de protección jurídica al final del procedimiento, ya que puede apelar contra la resolución final emitida por la autoridad de ejecución, así como ciertas resoluciones incidentales, ante el Tribunal Penal Federal de Suiza⁷¹. Cuenta como “persona afectada”, entre otros, el titular de cuentas bancarias⁷².

En consecuencia, de ello, no es posible mantener el carácter reservado de la investigación en curso en el estado requirente⁷³. Además, las apelaciones presentadas por las personas afectadas a menudo dificultan, retrasan o incluso frustran las campañas de recuperación de activos. A pesar de que los recursos están rechazados en casi todos los casos, las personas afectadas hacen uso regular de ellos.

Si la sentencia del Tribunal Penal Federal tiene por objeto una incautación, una transferencia de objetos o de valores, o una transmisión de información relativa

a una materia secreta y si se refiere a un caso especialmente importante, podrá ser impugnada por vía de recurso ante el Tribunal Federal. Tan pronto como la resolución de terminación sea ejecutoria, la ALM podrá ser concedida al Estado requirente.

5.7 Transmisiones espontáneas

El Ministerio público suizo puede transmitir espontáneamente a la autoridad competente de otro estado información sobre actividades ilícitas efectuadas en Suiza cuando estime que la información es útil para iniciar o facilitar una investigación propia, o cuando le permitiría al otro estado formular una solicitud de ALM⁷⁴. Por lo general, las transmisiones espontáneas se realizan entre autoridades centrales.

Las transmisiones espontáneas han demostrado ser altamente útiles en los procesos de recuperación de activos. La transmisión espontánea y unilateral es una forma proactiva de cooperación recurrentemente utilizada por las autoridades suizas. Sin embargo, es de enfatizar que los elementos de prueba transmitidos de manera espontánea por las autoridades suizas solo pueden ser utilizados para fines investigativos, y no para fines probatorios⁷⁵.

71 Además, las eventuales resoluciones incidentales podrán ser recurridas al final del procedimiento, junto con la resolución de terminación. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, respeto de resoluciones incidentales que ocasionen un perjuicio inmediato e irreparable (por ejemplo, cuando el bloqueo de una cuenta bancaria paralice una sociedad). Tal es posible en el caso de embargo de objetos o de valores, o de presencia de funcionarios extranjeros que participen en la ejecución de las medidas de ALM.

72 Véase, por ejemplo, art. 80e y ss. de la Ley Suiza sobre asistencia mutua, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19810037/index.html>; y art. 9a del Decreto federal sobre asistencia mutua, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19820046/index.html>.

73 Esto es particularmente problemático en las fases iniciales de la investigación, cuando aún no se descubrieron todos los elementos del esquema delictivo.

74 Art. 67a LALM.

75 Art. 67a(1) LALM.

Una divulgación espontánea de Suiza puede incluir⁷⁶:

- Información sobre la investigación, incluyendo el nombre del acusado y un resumen de los hechos y el delito o los delitos.
- Descripción de las pruebas que podrían ser de interés, incluyendo el nombre del banco y del titular de la cuenta bancaria, el número de cuenta, el importe de los activos congelados y algunas transacciones relevantes.
- Razones para la transmisión (por ejemplo, posible investigación o investigación pendiente en la jurisdicción receptora).
- Invitación a presentar una solicitud de ALM.
- Aviso de no utilizar la información para cualquier otro propósito.

No se podrán transmitir medios de prueba que caigan dentro del ámbito del secreto bancario⁷⁷. Por ejemplo, no se permitirá la transmisión espontánea de documentación bancaria sobre una cuenta. Sin embargo, es posible alertar a las autoridades extranjeras sobre la existencia de la cuenta y proporcionar información referencial como el nombre del titular, el beneficiario final, el número de la cuenta y otra información útil para la presentación de una solicitud de ALM⁷⁸.

Según la opinión predominante en la doctrina suiza, una vez que el Estado Requirente presenta una solicitud de ALM, las autoridades suizas ya no pueden transmitir datos de manera espontánea, hasta que el procedimiento de ALM haya concluido⁷⁹. Sin embargo, la jurisprudencia no se adhiere a este punto de vista en todos los casos⁸⁰.

⁷⁶ Zimmermann 2019, 445 y ss.

⁷⁷ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 1.

⁷⁸ Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 139 IV 137 (144); 130 II 236 (245); OFJ 2016, Obtención de pruebas, 1; Zimmermann 2019, 448.

⁷⁹ Zimmermann 2019, 448.

⁸⁰ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 544 (546 et seq.).

6 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL SUIZO

Esta hipótesis de trabajo, se realiza cuando las autoridades penales suizas inician un proceso penal (usualmente por lavado de activos) sobre la base de hechos punibles que se desarrollan parcialmente en los dos estados y sobre una trama única, para la cual ambos estados son competentes penalmente. Esta hipótesis se da cuando, por ejemplo, una comisión ilícita pagada a un funcionario venezolano en el contexto de una licitación estatal es depositada en una cuenta suiza utilizando un esquema de lavado de activos.

6.1 Aspectos generales

6.1.1 Competencia jurisdiccional

Con respecto de la competencia jurisdiccional, cabe señalar que Suiza dispone de competencia territorial cuando activos vinculados a un esquema de corrupción se transfieren o lavan a través de cuentas suizas⁸¹. La competencia territorial de Suiza también puede establecerse cuando actos de lavado cometidos por integrantes de una organización criminal son perpetrados en territorio suizo⁸². En regla general, la competencia es de nivel federal cuando los actos de lavado son cometidos preponderantemente en el extranjero o cuando varios cantones resultan competentes sin que exista una competencia preeminente de uno de ellos⁸³.

Si se identifican tales circunstancias, las autoridades suizas están obligadas a iniciar indagaciones de manera inmediata.

6.1.2 Participación de Venezuela y sus instituciones como actor civil

Según el artículo 118 del Código Procesal Penal suizo, los estados⁸⁴ y las personas naturales o jurídicas perjudicadas de manera inmediata por un delito, pueden constituirse como actor civil en un proceso penal en Suiza⁸⁵. En su declaración de constitución, el aspirante a actor civil puede hacer valer pretensiones civiles derivadas del delito con miras a obtener una reparación civil⁸⁶. La constitución como actor civil puede efectuarse en el marco de un proceso penal en curso y está sujeta a tiempos procesales⁸⁷. La declaración de constituirse en actor civil se puede realizar delante de cualquier autoridad de persecución penal: policía, fiscalía o juzgado.

En principio, los actores civiles tienen derecho a acceder al expediente del caso donde existen importantes elementos de prueba. Las investigaciones por corrupción y lavado de activos, suelen contener expedientes con documentos bancarios y otros elementos

81 Art. 3 CP; Cf. Seelmann/Geth 2016, 37.

82 Dannacher 2012, 94.

83 Art. 24 al. 1 Código Procesal Penal suizo (CPP).

84 Cf. por ejemplo el caso de Túnez: Tribunal Penal Federal, Decisión N°BB.2011.130.

85 Varios estados y empresas públicas agraviados por actos de corrupción y lavado de activos se han establecido como actor civil en Suiza. Según notas de prensa, PDVSA se ha constituido como actor civil en procedimientos penales en el Cantón de Ginebra (ver: Gotham City, 13 de diciembre de 2018: Le statut de plaignant est accordé à PDVSA dans l'affaire Helsing à Genève).

86 Art. 122 y ss. CPP.

87 Art. 118 CPP.

probatorios que son de gran utilidad para las investigaciones en las que el Estado víctima que se constituyó como actor civil. Generalmente se trata de la misma información que se solicitaría a través de los mecanismos de ALM.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, la normatividad suiza concede al titular de la cuenta bancaria un derecho de oposición a la transmisión de documentos. En la práctica, en razón de esta colisión de derechos, el acceso al expediente del caso por parte del Estado extranjero constituido en actor civil en el proceso penal suizo, se suele realizar bajo severas restricciones.

El estado víctima, constituido en actor civil, puede presentar pruebas útiles para el proceso penal suizo⁸⁸. Esta posibilidad ofrecida por el derecho suizo, resulta clave para recuperar los activos ilícitos en el marco del proceso penal suizo ya que permite a las autoridades suizas determinar con claridad la ruta del dinero (paper trail) y con ello el establecimiento del nexo causal entre los activos que se van a decomisar y el crimen que los origina. Como se ha mencionado, las autoridades investigativas en Suiza - al igual que sus contrapartes en otros centros financieros - se enfrentan en serios problemas para establecer este nexo causal ya que los delitos y sus hechos subyacentes ocurrieron en el Estado víctima. Por consiguiente, la información que puede proveer el Estado víctima puede ser de gran ayuda siendo que a menudo sus autoridades tienen una comprensión más precisa de los

hechos y el contexto en el cual se cometieron los actos de corrupción investigados.

En el caso que las condiciones legales existan para que Venezuela pueda constituirse como actor civil a un proceso penal en Suiza, sus autoridades deberán formular una solicitud que contenga mínimamente los siguientes puntos:

- Pedido para ser aceptado como actor civil en el procedimiento penal;
- Pedido para ser informado sobre todas las investigaciones suizas relacionadas al esquema delictivo referido;
- Pedido para ser informado sobre cada uno de los casos en los que exista una causa probable de que el solicitante puede ser considerado como agraviado;
- Pedido para ser proporcionado el derecho a ser oído y a proporcionar pruebas;
- Pedido para que los activos malversados le sean restituidos.

Cabe señalar, sin embargo, que particularmente en los casos más complejos el Estado víctima requerirá de una representación legal en Suiza para hacer valer sus derechos, lo que puede exponerle a gastos considerables.

6.2 Identificación

El sistema de identificación de activos sospechosos en Suiza involucra a varias instituciones, ya que la información pertinente puede provenir de diversas fuentes. Por un

88 Art. 107(1)(e) CPP.

lado, los fiscales suizos pueden ordenar a un banco a que rastree todos los activos de una persona sospechosa y edite los documentos pertinentes⁸⁹.

Reviste especial importancia la estrecha cooperación y coordinación entre la fiscalía y la Oficina de Prevención del Lavado de Activos (MROS por sus siglas en inglés). MROS es la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de Suiza de tipo policial, cuyas tareas principales incluyen el análisis, la sistematización y difusión de información relativa a posibles casos de lavado de activos, los delitos previos asociados, y el financiamiento del terrorismo⁹⁰.

MROS tiene acceso a una amplia gama de datos (financieros), debido - entre otros - a que los intermediarios financieros suizos están obligados llevar a cabo una debida diligencia y conocer a sus clientes, en virtud de la reglamentación contra el lavado de activos (*due diligence* y *know your customer-KYC*)⁹¹. Las operaciones sospechosas detectadas en el curso de las actividades de intermediación financiera deben ser comunicados de manera inmediata al MROS⁹². Son considerados intermediarios financieros en suiza, los bancos, los fiduciarios, las casas de cambio, los casinos, etc.⁹³.

A fin de cumplir sus obligaciones de debida diligencia los intermediarios financieros suizos analizan el contexto económico de las

transacciones que se realizan. Del mismo modo, los bancos utilizan sistemas informáticos que buscan información incriminatoria sobre los clientes del banco. Si se detectan hechos sospechosos que involucran a un cliente o cuando la transacción económica no parece tener una explicación lógica, el expediente del cliente señalado se remita al departamento de cumplimiento (compliance) del intermediario financiero, que evalúa el caso y, si la sospecha es fundada, manda un reporte de operaciones sospechosas (ROS) al MROS.

El MROS analiza y sistematiza los informes recibidos y remite información pertinente a la fiscalía. En 2019, el MROS recibió 7705 informes de los intermediarios financieros, involucrando aproximadamente 13 mil millones de Francos suizos⁹⁴. Unos 24% de estos activos se originó presuntamente en actos de corrupción. Más de 2000 informes se remitieron a la fiscalía⁹⁵.

Este sistema puede ser de gran ayuda para las autoridades de los países víctimas, ya que - como se ha descrito anteriormente - los fiscales suizos pueden compartir la información remida por MROS de forma espontánea. En el mismo sentido, la UIF de los países víctima pueden solicitar información relevante a su par de suiza a través de los canales de comunicación establecidos y según los parámetros del Grupo Egmont.

⁸⁹ Eymann 2009, 23.

⁹⁰ En el marco de una instrucción penal en el Cantón de Ginebra, MROS, tras un informe de un intermediario financiero, descubrió cuentas bancarias adicionales implicadas en un presunto esquema de corrupción involucrando activos venezolanos y transmitió toda esta información al Ministerio Público, ver: Gotham City, 21 de febrero 2019, PDVSA: *Enquête sur la société helvétique touche un nouvel intermédiaire*.

⁹¹ Art. 3 y ss. de la Ley Federal sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, SR. 955.0, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19970427/index.html>.

⁹² Art. 9 de la Ley Federal sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo,

⁹³ *Ibid.*, art. 2.

⁹⁴ MROS 2020, Informe Annual 2019.

⁹⁵ MROS 2020, Informe Annual 2019, 5, 12.

Identificación de los activos suizos en el marco de la Operación Lava Jato

En el contexto de Lava Jato, los operadores de justicia del Brasil han publicado exhaustivamente los medios probatorios, testimonios de colaboradores eficaces y otros documentos vinculados a las indagaciones en curso, lo que ha dado lugar a una cobertura amplia en los medios de comunicación. Los sistemas informáticos de los bancos suizos han recogido esta información. Entre 2015 y 2017, los intermediarios financieros suizos mandaron unos 600 informes sobre actividades sospechosas a MROS, lo que permitió a la Fiscalía Federal de Suiza abrir más de 70 investigaciones penales⁹⁶. De esta manera, se rastrearon e incautaron más de 1000 millones de Francos Suizos, en muchos casos antes de que las autoridades de los países víctimas pudieran tener conocimiento de estos activos⁹⁷.

6.3 Incautación

De conformidad al artículo 263(1)(c) del Código Procesal Penal de Suiza (CPP), así como del artículo 377(1) CPP, los activos de un acusado o de un tercero son incautados para asegurar que no se frustrate su posterior decomiso o restitución⁹⁸. Si los activos se encuentran en cuentas bancarias, la incautación adopta la

forma de un bloqueo de cuenta⁹⁹. Las incauciones son ordenadas por la fiscalía, o por una corte, dependiendo del estadio procesal del caso¹⁰⁰.

6.4 Decomiso

6.4.1 Marco jurídico

El decomiso esta regulado en los artículos 69 y siguientes del Código Penal suizo (CP). La norma básica del decomiso es el artículo 70 CP, según el cual, se decomisan los activos resultantes de delito, así como los instrumentos que sirvieron o deberían haber servido para recompensar o inducir la comisión de un delito. Según el artículo 71 CP, se puede declarar el decomiso sobre valores equivalentes, cuando los activos ilícitos no está disponibles o no puedan ser ubicados, y cuando el delincuente dispone de otros activos sin nexo al delito (lícitos).

Adicionalmente a estos tipos clásicos de decomiso de activos ilícitos, el legislador suizo introdujo el artículo 72 CP, según el cual se pueden decomisar todos los activos en el poder de disposición de una organización criminal (artículo 260ter CP). El artículo 72 CP, no requiere la demostración de un origen ilícito de los activos creando una presunción legal según la cual se presume la ilicitud de todos los activos en poder de disposición de la organización. Si la fiscalía logra probar que

⁹⁶ Fiscalía Federal de Suiza, 9 de abril 2019, Comunicado de prensa, Petrobras - Odebrecht Affair: Around CHF 365 million refunded to Brazil.

⁹⁷ Ibid.; Los titulares de las cuentas bancarias sospechosas fueron - en su mayoría - empresas domiciliadas en paraísos fiscales, pero los beneficiarios finales de las cuentas eran en gran medida ciudadanos brasileños.

⁹⁸ Código Procesal Penal de Suiza, SR. 312.00, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html>.

⁹⁹ Dannacher 2012, 126 con referencias adicionales.

¹⁰⁰ Art. 198 CPP.

una persona participó en una organización criminal, se presume que la organización tiene un poder de disposición de los activos a no ser que la persona concernida demuestre lo contrario¹⁰¹.

6.4.2 Marco procesal

El decomiso puede ordenarse de manera accesoria a los procedimientos penales ordinarios o de manera independiente, es decir, sin condena previa (decomiso sin condena, o decomiso *in rem*).

- Para decomisar los activos en un procedimiento penal contra una persona, se ordena el decomiso de manera accesoria a la sentencia penal, o incluso en la orden de sobreseimiento de la instrucción penal¹⁰².
- Si por razones objetivas el decomiso no puede ser ordenado en el marco de un proceso penal, se podrá iniciar un procedimiento de decomiso independiente según el artículo 376 y ss. CPP. Según la práctica, esto es apropiado, por ejemplo, si el delincuente falleció o es desconocido, o si los bienes sólo se identifiquen después de la conclusión del proceso penal¹⁰³. El decomiso, así como la restitución del activo se ordena directamente por la fiscalía.

6.5 Restitución

Los activos decomisados son en principio retenidos en Suiza. Sin embargo, existen varias posibilidades para devolverlos al Estado víctima para que puedan ser utilizados para el bienestar general de la población. Cabe señalar que todavía no existe una jurisprudencia establecida sobre muchas de las cuestiones jurídicas que se planten en la aplicación de estos modos de restitución de fondos malversados a estados extranjeros.

Primero

De acuerdo al artículo 70(1) CP, los activos pueden ser entregados directamente al actor civil cuando éste prueba satisfactoriamente el daño en el marco del proceso penal. El decomiso es en este sentido subsidiario a la restitución, por lo que la entrega puede ser ordenada durante el proceso. Sin embargo, algunos autores opinan que el artículo 70(1) CP solo les otorga derechos a aquellas personas que ostentan derechos reales sobre el activo en cuestión (en analogía a la *rei vindicatio*)¹⁰⁴.

Segundo

Según el artículo 73 CP, las autoridades suizas pueden usar los activos ya decomisados para indemnizar la parte agraviada. Sin embargo, cabe

¹⁰¹ En un caso emblemático, Suiza consideró al clan del ex dictador nigeriano Sani Abacha como una organización criminal en el sentido del artículo 260ter CP. Esto resultó en una inversión de la carga de la prueba, por lo que ni Suiza ni Nigeria tuvieron que demostrar el nexo entre los activos en las cuentas suizas de los Abachas con algún ilícito penal. Sobre esta base, se aprobó la restitución de los activos a Nigeria. Ver, Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (182 y ss.).

¹⁰² Art. 81(3)(a) y (4)(e) CPP; art. 320(2)(2) CPP; Dannacher 2012, 128.

¹⁰³ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 6S.68/2004; Dannacher 2012, 128 y ss.

¹⁰⁴ Dannacher 2012, 119 y ss.

señalar que prominentes autores opinan que este artículo no puede servir para indemnizar estados extranjeros¹⁰⁵.

Tercero

La Ley federal suiza sobre la repartición de activos decomisados también permite a las autoridades suizas compartir un estado extranjero parte o la totalidad de los activos decomisados¹⁰⁶. La condición para que esto suceda es que el estado extranjero haya participado en el proceso penal suizo. Suiza estará representada por la Oficina Federal de Justicia en las negociaciones¹⁰⁷. En el caso de delitos de corrupción, la regla es la restitución total de todos los activos decomisados¹⁰⁸.

6.6 Venezuela como estado requerido

Es inevitable para el éxito de procedimientos penales llevados a cabo por las autoridades suizas que cuentan con el apoyo de las autoridades venezolanas. Los actos de corrupción que subyacen a los esquemas de lavado bajo investigación en Suiza se tienen que probar con evidencia documentaria que se encuentran por regla general en el Estado víctima. La no remisión de esta información resulta frecuentemente en el cierre infructífero de los procedimientos suizos¹⁰⁹.

105 Zimmermann 2019, 344; de otra opinión: Dannacher 2012, 121.

106 Ley federal sobre la repartición de activos decomisados, SR. 312.4. disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20011886/index.html>.

107 Art. 6 Ley federal sobre la división de activos decomisados.

108 Mensaje Federal, 2002 441 (474).

109 En diciembre de 2019, los fiscales del Ministerio Público Federal suizo cerraron la instrucción penal por lavado de activos, en contra del abogado venezolano Hector Dáger. Pocas semanas antes, ya habían liberado unas USD 73 millones incautados en Suiza desde 2017. Los fiscales suizos no eran en posición para formular una acusación, debido a la falta de pruebas. En la orden de clasificación de la instrucción penal se precisa que: "Esto se debe en gran medida a la situación política de Venezuela y a la consiguiente imposibilidad objetiva de adquirir pruebas adicionales del Estado venezolano mediante los mecanismos de asistencia legal mutua" (traducción no oficial de: "Cela est dû en grande partie à la situation politique au Venezuela et à l'impossibilité objective qui en découle de procéder à l'acquisition de preuves supplémentaires auprès de l'État vénézuélien par voie rogatoire", ver: Gotham City, 23 de enero de 2020, Le Venezuela ne collabore pas: la Suisse classe la procédure contre Hector Dáger.

7 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA LEY FEDERAL SOBRE VALORES PATRIMONIALES DE ORIGEN ILÍCITO

La casuística sobre casos de corrupción de Personas Políticamente Expuestas (PEP)¹¹⁰ demuestra que el estado de origen de la PEP encuentra a menudo dificultades para presentar una solicitud de ALM para recuperar activos, generalmente por razones de política interna en un contexto de transición democrática. Por otro lado, no es infrecuente ver en el escenario político internacional que una PEP, generalmente un jefe de estado, es objeto de movimientos políticos internos que tiene como consecuencia la pérdida del control político del país. Ambos escenarios gatillan, en principio, la aplicación de una legislación espacial de carácter administrativo que permite la recuperación de activos en circunstancias y procedimientos excepcionales.

Para estos casos y en complemento del arsenal legislativo en materia de recuperación de activos, el legislador suizo adoptó, en diciembre de 2015, la Ley Federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito (LVP)¹¹¹.

La LVP introduce procedimientos especiales para la incautación, el decomiso y la restitución de activos malversados por las PEP o sus asociados, cuando se puede inferir que los valores han sido adquiridos por medio de actos de corrupción u otros crímenes comparables¹¹². Esta ley, única en el mundo, permite a las autoridades suizas manejar la integralidad del proceso de recuperación de activos,

incluso sin una participación activa del Estado víctima.

Cabe señalar que mucho más que una herramienta de cooperación judicial, la LVP es un instrumento de la diplomacia y política exterior de Suiza¹¹³. Su objetivo primordial es de proteger a los intereses y reputación de Suiza, así que de mejorar las relaciones con regímenes emergentes en los estados víctima¹¹⁴.

7.1 Incautación

La LVP distingue entre dos tipos de incautación: Por un lado, la incautación ordenada con vista a futuros casos de ALM con el estado víctima (incautación preventiva), y, por otro lado, la incautación ordenada con vista al decomiso por Suiza, subsiguiente al fracaso del procedimiento de ALM (incautación correctiva).

La incautación preventiva se ordena por el Consejo Federal de Suiza, cuando las autoridades suizas anticipan la iniciación de un procedimiento de ALM, por ejemplo, si se derrumba un régimen corrupto en otro estado. Puede ser aplicada a bienes en poder de disposición de un PEP o un socio suyo, cuyo beneficiario económico es un PEP¹¹⁵. Para ordenar la incautación preventiva, el Consejo Federal publica una ordenanza, a la cual se anexa una lista de PEP, de sus asociados, así que de los valores patrimoniales avisados¹¹⁶.

110 Se entiende como PEP a funcionarios de alto rango, típicamente personas cargadas con la dirección de funciones públicas, en particular los jefes de estado, políticos de alto rango a nivel nacional, funcionarios influyentes de la administración, de la justicia o de las fuerzas armadas y de partidos políticos, así que los órganos supremos de empresas públicas de importancia nacional. Cf. Art. 2(a) LVP

111 Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets held by Foreign Politically Exposed Persons, SR. 196.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131214/index.html>

112 Art. 1 LVP.

113 Zimmermann 2019, 373.

114 Zimmermann 2019, 373.

115 Art. 3(1)(c) LVP.

116 Art. 5 LVP.

Para emitir tales ordenanzas, se requiere el cumplimiento de 4 requerimientos¹¹⁷:

1. El gobierno del estado víctima perdió su poder (o es en proceso de perderlo), y existe una crisis política o un vacío político en el estado víctima;
2. La corrupción es notoria y de un grado elevado en el estado víctima;
3. Los activos patrimoniales ubicados en Suiza deben aparecer presumiblemente de origen criminal;
4. La protección de los intereses de Suiza requiere la incautación de los activos.

Después de la incautación preventiva, las autoridades suizas brindarán asistencia técnica a las autoridades del estado víctima con miras a la redacción de un pedido de ALM¹¹⁸.

La incautación correctiva se ordena después del fracaso de un procedimiento iniciado por las autoridades del estado víctima¹¹⁹. Su objetivo es de mantener el bloqueo de activos para dar inicio a un procedimiento de decomiso en Suiza. Al igual que la incautación preventiva, se ordena por el Consejo Federal. La LVP prevé tres condiciones para la incautación correctiva¹²⁰:

1. El estado víctima presentó una demanda de ALM, en cuya ejecución se ordenó la incautación de activos en Suiza;

2. No le fue posible al estado víctima responder a las exigencias consecutivas del procedimiento de ALM en Suiza, debido a que se encuentra (nuevamente) en una situación de colapso total o parcial de su aparato judicial;
3. La protección de los intereses de Suiza requiere la incautación de los activos.

Por último, cabe mencionar que el Consejo Federal suizo tiene la facultad de declarar el bloqueo de valores patrimoniales en aplicación de sanciones decididas por la ONU, la OCDE o por los principales socios comerciales de Suiza. Estos bloqueos son decretados por el Consejo Federal (a propuesta del Departamento Federal de la Economía, de la Formación y de la Investigación)¹²¹.

7.2 Decomiso

Después de haber ordenado la incautación de los activos, el Consejo Federal puede encargar al Departamento Federal de Finanzas dar inicio a una acción de decomiso ante el Tribunal Federal Administrativo de Suiza¹²². Este Tribunal ordena el decomiso si los activos se encuentran bajo el poder de disposición de un PEP - o de un asociado de la PEP - y si tienen origen ilícito¹²³. Para facilitar el decomiso, la LVP crea una presunción legal de la ilicitud de los activos (inversión de la carga de la prueba). La presunción se aplica cuando¹²⁴:

117 Art. 3 (2) LVP.

118 Art. 11 y 12 LVP.

119 Zimmermann 2019, 370.

120 Art. 4 (2) LVP.

121 La base legal se encuentra en la Ley federal sobre la ejecución de embargos internacionales, SR. 946.231, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20000358/index.html>.

122 Art. 14 LVP.

123 Art. 14 (2) LVP

124 Art. 15 LVP.

- El patrimonio de la persona que ejerce el poder de disposición sobre los activos a decomisar creció de manera exorbitante, facilitado por el ejercicio de la función pública del PEP en el estado víctima;
- El grado de corrupción del estado víctima o de la PEP fue notoriamente elevado durante el periodo en el cual aquella persona ejerció una función pública.

La prescripción de la acción penal no puede inhibir el decomiso¹²⁵. El proceso de decomiso se suspende cuando se reanuda el procedimiento de MLA.

7.3 Restitución

La restitución de los activos decomisados bajo las reglas de la LVP se efectúe por medio del financiamiento de programas en el interés público en el estado víctima. Por regla general, se firmará un acuerdo bilateral entre el Consejo Federal de Suiza y las autoridades del estado víctima¹²⁶.

7.4 Vías de derecho

Las decisiones emitidas por las autoridades suizas en el marco de la aplicación de la LVP pueden ser impugnadas ante el Tribunal Federal Administrativo y posteriormente al Tribunal Federal¹²⁷. Los recursos no tienen efecto suspensivo.

125 Art. 14 (3) LVP.

126 Art. 17 y 18 LVP.

127 Art. 21 (1) LVP; Zimmermann 2019, 372.

8 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO CIVIL SUIZO

En determinadas circunstancias, el estado víctima, o una de sus empresas, puede presentar una demanda civil, en los tribunales civiles suizos, contra los funcionarios públicos que se hayan enriquecido ilícitamente¹²⁸. Así lo intentó, por ejemplo, Haití para recuperar los activos de una fundación del ex dictador haitiano Jean-Claude Duvalier¹²⁹.

El proceso se desarrolla en el marco de la Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra (LDQ)¹³⁰. Al igual que en el proceso penal, se pueden secuestrar los activos acumulados por el funcionario corrupto (deudor). Posteriormente, puede ordenarse la ejecución forzada, que conduce a la entrega de los activos al estado víctima (acreedor).

8.1 Bloqueo de activos

El acreedor debe hacer verosímil el cumplimiento de tres condiciones para exigir el bloqueo de activos¹³¹:



Necesidad del bloqueo según artículo 271 LDQ. Tal necesidad suele surgir en situaciones en que el acreedor está expuesto al riesgo de no poder satisfacer su derecho, porque el deudor puede disipar los activos.



Existencia de una demanda civil del acreedor en contra del deudor. En el caso Duvalier, el Estado presentó una demanda por daños y perjuicios contra el ex dictador.



Pertenencia del activo al deudor. Especialmente en el contexto de activos vinculados a actos de corrupción, este requisito puede presentar dificultades, ya que los activos en cuestión no suelen estar directamente bajo el control de los presuntos autores de la corrupción, sino que están a nombre de empresas offshore o de testaferrros. Debido a la distribución de la carga probatoria en el proceso civil, corresponde al acreedor demostrar que los activos en cuestión deben atribuirse al deudor¹³².

128 Dannacher 2012, 164 y ss.

129 Cf. Kantonsblatt Basel-Stadt del 13 de julio 2011; Dannacher 2012, 165.

130 Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra, SR. 281.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html>.

131 Dannacher 2012, 165.

132 Art. 9 Código Civil de Suiza.

8.2 Restitución

A fin de garantizar que los activos bloqueados provisionalmente se entreguen efectivamente al acreedor, éste debe iniciar el procedimiento de cobro de deudas¹³³. Consiguientemente, el deudor recibe una orden de pago. Una vez recibida la orden, tiene la opción de saldar la deuda o de objetar la demanda del acreedor¹³⁴.

Si el deudor objeta, el acreedor tiene dos opciones principales:

Si ya existe una decisión civil firme y ejecutoria (u otra “título de apertura legal” [Rechtsöffnungstitel]), puede remover la objeción del deudor.

Si no existe tal título, el acreedor debe empezar un procedimiento civil ordinario.

Cabe señalar que no existe mucha jurisprudencia sobre la restitución de bienes en el marco del proceso penal suizo. Lo que está claro es que la vía civil suele ser extraordinariamente onerosa para el estado víctima¹³⁵. Por un lado, es necesario contratar a un estudio de abogados suizo para el asesoramiento y la representación legal. Por otro lado, los costos de los litigios se basan generalmente en la cantidad de dinero en litigio. En ciertos cantones, se cobra hasta el 1% del monto en disputa, si éste supera 5 millones de Francos suizos¹³⁶.

En conclusión, la vía civil sólo se recomienda para casos excepcionales en los que las condiciones son muy favorables. En principio, el proceso penal y la ALM en materia penal representan vías más interesantes para que el estado víctima recupere los activos malversados.

133 Art. 279(1) LCQ.

134 Art. 74(1) LCQ.

135 Dannacher 2012, 169

136 Cf. §2(3) Ordenancia sobre los costos de los litigios de Basilea-Ciudad; Dannacher 2012, 169.

9 REFERENCIAS DOCTRINALES

- Bondar, M.** (2015), Cooperación jurídica internacional en materia penal, 2nda edn.
- Brun, J.-P. et al.** (2011), Manual para la recuperación de activos
- Dannacher, M** (2012), Diktatorengelder in der Schweiz
- Eymann, S.** (2009), Die strafprozessuale Kontosperr
- Popp, P.** (2000), Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen
- Zimmermann, R.** (2019), La coopération judiciaire internationale en matière pénale
- Seelmann, K./Geth, C.** (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil
- Scholl, M.** (2018), Vermögenseinziehung, en: Ackermann (ed.), Kommentar, Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, 259 y ss.
- Trechsel, S./Pieth, M.** (2017), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar

10 ABREVIACIONES

ALM	Asistencia legal mutua en materia penal
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CP	Código Penal de Suiza
CPP	Código Procesal Penal de Suiza
LALM	Ley federal sobre Asistencia Legal Mutua
LDQ	Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra
LVP	Ley federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito
MROS	Oficina de Prevención del Lavado de Activos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PEP	Personas Políticamente Expuestas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
PDVSA	Petróleos de Venezuela SA



Venezuela

Marco Jurídico para la recuperación de activos producto del delito en Venezuela

Norma Ferrer González ¹

ÍNDICE

I. Introducción	110
II. Marco internacional	111
A. UNCAC	
B. Cooperación internacional	
III. Marco jurídico nacional	116
A. Prevención	
B. Normativa Nacional sobre confiscación	
C. Normativa Nacional sobre recuperación	
D. Proyecto de ley de recuperación de activos	
IV. Procedimientos	123
A. Acción Penal	
1. Fase preparatoria	
2. Fase intermedia	
3. Fase de Juicio	
4. Fase recursiva	
5. Ejecución	
B. Acción civil	
C. Acción por daños y perjuicios	
V. Conclusión	132

¹ Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (2008). Master en Derecho y Relaciones Internacionales y cursante de la especialización de Derecho Internacional Económico y de la Integración (UCV). Coordinadora de la Asistencia Legal Anticorrupción en Transparencia Venezuela.

I. INTRODUCCIÓN

La recuperación de activos producto de la corrupción es una acción que depende de la finalización de procedimientos judiciales extensos, donde en primer lugar debe determinarse la comisión de un delito y rastrearse la procedencia de los bienes que se señalan como provenientes de la comisión de delitos de corrupción, lavado de dinero, tráfico de drogas, entre otros, para luego conseguir la confiscación de dicho bien y una vez confiscado solicitar su devolución.

En un Estado no donde no existen garantías judiciales plantearse la ardua tarea de recuperar bienes productos del delito parece toda una utopía. Sin embargo, debido a la actual coyuntura política del país ha surgido la necesidad de estudiar a profundidad esta figura jurídica, conocer los pasos a seguir y los procedimientos judiciales involucrados para poder iniciar la solicitud de bienes que han sido capturados por la corrupción o producto de esta.

Para poder entender la importancia de la recuperación de activos debe analizarse el marco legal internacional dado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) y la necesidad del uso de la cooperación internacional para poder lograr este objetivo.

El patrimonio de una Nación puede ser muchas veces invertido de manera fraudulenta y corrupta en otros Estados en los cuales se perpetra el delito de lavado de dinero para poder obtener una apariencia de legalidad, por ello la importancia de un marco inter-

nacional claro para la recuperación de los activos provenientes de la corrupción y la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos a esta normativa.

Así las cosas, se hace necesario el análisis comparativo de la legislación venezolana en materia de recuperación de activos con las disposiciones al respecto en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) y examinar la disposición política para practicar la cooperación internacional en materia penal.

El presente informe pretende estudiar la legislación venezolana en cuanto a recuperación de activos, las formas de confiscación de bienes producto de la corrupción y los procedimientos existentes para poder solicitar la devolución de dichos bienes, con la finalidad de presentar una guía a los actores que se embarquen en esta necesaria labor.

II. MARCO INTERNACIONAL

A Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción UNCAC

“La corrupción socava la democracia y el estado de derecho, lleva a violaciones de Derechos Humanos, distorsiona mercados, erosiona la calidad de vida y permite que el crimen organizado, el terrorismo y otras amenazas a la humanidad florezcan²”, estas han sido las palabras del ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan como presentación a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).

La convención presenta un marco legal mediante el cual los países miembros pueden reforzar su ordenamiento jurídico para luchar contra la corrupción. La UNCAC introduce la figura de la recuperación de activos, requiriendo a los Estados Parte la devolución de bienes procedentes de la corrupción al país del que fueron robados o donde se haya perpetrado el delito originario.

Venezuela ha firmado y ratificado la UNCAC, y de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta convención tiene rango supra-legal en el derecho interno venezolano, encontrándose su aplicación luego de la entrada en vigencia de la Ley Aprobatoria de la Convención.

La UNCAC establece un amplio rango de provisiones preventivas y disuasorias contra la corrupción y expone un marco comprensible para la recuperación de activos.

En su capítulo V, la UNCAC da un marco jurídico a seguir por los Estados Parte que debe

apoyarse en la legislación y procedimientos internos para poder llevar a cabo la recuperación de activos. La primera disposición al respecto señala la posibilidad de los Estados Parte de facilitar el marco jurídico para poder recuperar bienes provenientes del delito.³

Señala como prevención los reportes de actividades sospechosas que deben realizar las Unidades de Inteligencia Financiera con apoyo de las entidades bancarias, las que deben enviar información de sus clientes sin perjuicio de su actividad y el rastreo de bienes procedentes del delito.

Como medidas para la recuperación de bienes, el artículo 53 de la UNCAC dispone que debe asegurarse en la legislación interna de los Estados Parte, contar con procedimientos tales como la acción civil, indemnización por daños y perjuicios a otro Estado Parte y el decomiso como reconocimiento del derecho de propiedad legítimo sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito.

Establece como mecanismos de cooperación internacional la **asistencia jurídica recíproca** con el fin de: dar efecto a toda orden de decomiso dictada por el Estado requirente, decomiso de bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito sobre el que puede tener jurisdicción el estado requerido; el **embargo preventivo o incautación de bienes**, en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por el Estado requirente o a solicitud del Estado requirente, así como medidas para preservar los bienes a efectos de decomiso.⁴

² Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. UNODC. 2005.

³ La UNCAC señala la recuperación de los productos de delitos establecidos en la Convención.

⁴ Artículo 54. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. UNODC. 2005.

Dispone la cooperación internacional a los fines de decomiso de bienes, la cual debe activarse al recibir la solicitud de otro Estado Parte de decomisar bienes productos del delito y deberá remitirse la solicitud a sus autoridades competentes (Fiscalía, Tribunales penales) para obtener una orden de decomiso; presentar a las autoridades competentes (Tribunales penales) la orden de decomiso dictada por las autoridades del Estado requirente para su cumplimiento. En virtud de la solicitud de decomiso el Estado requerido adoptará medidas para identificar, localizar y embargar preventivamente o incautar el producto del delito.⁵

La solicitud de decomiso debe contener una descripción de los bienes, ubicación y valor estimado, así como la exposición de los hechos en que se basa la solicitud, copia de la orden de decomiso (si existiere) y grado de ejecución que se solicita dar a la misma, declaración de medidas adoptadas por el Estado requirente en garantía del debido proceso, certificación del carácter definitivo de la orden de decomiso.

Las decisiones y/o medidas dictadas deben ser adoptadas por los Estados Parte de acuerdo al derecho interno y procedimientos o a los tratados bilaterales o multilaterales que al efecto se hayan celebrado.

Para la procedencia de la cooperación internacional y de las medidas cautelares que a bien tengan declarar los Estados Parte, deben tenerse y presentarse pruebas suficiente y oportuna. Por otra parte, la cooperación po-

drá denegarse si los bienes son de poco valor.

La UNCAC, abre otra ventana para la cooperación para la recuperación de activos productos del delito y el la cooperación especial, que consta de la remisión de información sobre el producto del delito si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales.

Finalmente, el artículo 57 habla de la restitución y disposición de activos, para lo cual los Estados Parte deberán disponer de los bienes decomisados incluida la restitución a sus legítimos propietarios, tomando las medidas necesarias.

Para la restitución, existen condiciones que deben cumplirse. En los casos de malversación de fondos públicos o blanqueo de fondos públicos malversados, se restituirán cuando haya procedido el decomiso sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado requirente, así mismo con otros delitos establecidos en la UNCAC y cuando el Estado requirente acredite su propiedad anterior de los bienes decomisados o que el Estado requerido reconozca los daños causados al requirente como base para la restitución de los bienes decomisados.

La UNCAC, hace énfasis en el rol fundamental que juegan las Unidades de Inteligencia Financiera en los Estados Parte para la recuperación de activos y culmina el capítulo indicando que dichas dependencias deben recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades

5 Artículo 55. Ibidem.

6 Artículo 58. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. UNODC. 2005.

competentes todo informe relacionado con transacciones sospechosas.⁶

Así pues, la UNCAC pretende servir como una guía introductoria en relación a los diversos instrumentos legales para la cooperación internacional en recuperación de activos, teniendo en cuenta también las disposiciones sobre recuperación de activos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (UNTOC), aunque esta Convención solo es aplicable cuando los delitos de corrupción y lavado de dinero -entendiéndose como delitos base para los delitos del crimen organizado y el funcionamiento de las organizaciones criminales- sean de naturaleza transnacional e involucren a una organización criminal, lo que suele estar presente en la gran corrupción.

La aplicación de la UNCAC por los Estados Parte y la armonización de su derecho interno a los delitos establecidos en la convención, da satisfacción al requisito de doble tipificación que establecen algunos Estados para poder proceder a confiscar bienes productos de la corrupción y posteriormente restituirlos a su legítimo dueño, lo que reduciría uno de los retos para la recuperación de bienes productos del delito.

B Cooperación internacional

El presente título pretende hacer una revisión por las herramientas de cooperación internacional utilizadas por Venezuela, los acuerdos bilaterales celebrados entre Venezuela y otros

Estados en materia de asistencia jurídica recíproca en materia penal que incluyan la confiscación y la repatriación de bienes provenientes del delito, así como otras formas de cooperación que se encuentren contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano.

Aun cuando en el capítulo anterior se habló de la UNCAC como guía para la recuperación de activos entre los Estados Parte, la misma establece dos mecanismos de cooperación internacional, a saber:

1. La asistencia legal mutua o asistencia jurídica recíproca en materia penal.
2. La cooperación especial.

La UNCAC da el marco para la asistencia legal mutua y la misma se basa en la cooperación proactiva que debe ser entendida como la cooperación dada u ofrecida con interés genuino en combatir crímenes internacionales. En otras palabras, la profunda convicción de que la comunidad internacional debería llevar a los países y sus agencias de aplicación del derecho alrededor del mundo a informar a sus colegas sobre situaciones sospechosas o actividades con posibles trasfondos criminales.⁷

Para que la asistencia jurídica recíproca se practique no es necesario la existencia previa de un tratado bilateral o multilateral, puede realizarse mediante diligencias del Estado requirente ante el Estado requerido y este último debe prestar la ayuda debida para que se cumpla el proceso de recuperación de activos productos del delito.

⁷ Wyss Rudolf. Proactive cooperation within the mutual legal assistance procedure. En *Emerging Trends on Asset Recovery*. Peter Lang. Suiza, 2013. pp 107.

Muchas críticas se han hecho a la práctica de la asistencia jurídica recíproca, ya que muchas veces la proactividad que se desprende de la UNCAC en el actual del Estado requerido no está presente y sumerge esta práctica en trámites engorrosos que parecieran pretender adecuar el derecho del Estado requirente al requerido, ocasionando muchas veces la desmotivación de seguir con el procedimiento.

Además de la UNCAC, Venezuela suscribió y ratificó el 29 de marzo de 1996 la Convención Interamericana contra la Corrupción, que entró en vigencia el 22 de mayo de 1997, mediante ley aprobatoria, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1961.

El artículo XIV de la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece claramente la asistencia y cooperación entre los Estados Parte, de manera amplia y recíproca de conformidad con su derecho interno, para la investigación y juzgamiento de actos de corrupción, así como la cooperación técnica mutua, propiciando el intercambio de experiencias.⁸

La Convención Interamericana contra la Corrupción, va más allá en temas de asistencia legal mutua y dispone en su artículo XV que “los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos

tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes⁹”, disposición que representa una herramienta aplicable en todo el proceso de recuperación de activos.

Aunado a los tratados internacionales de naturaleza multilateral, la República de Venezuela ha suscrito varios acuerdos bilaterales de asistencia legal mutua en materia penal, con diversos Estados, entre ellos:

- Italia
- México
- Paraguay
- Colombia
- Estados Unidos¹⁰
- China
- Bielorrusia
- Ucrania
- República Dominicana
- Cuba

Dentro de la asistencia legal prestada en esos acuerdos se encuentra: “(...) la asistencia en actuaciones de inmovilización y decomiso de bienes: restitución (...)”¹¹, “f. Medidas orientadas a la búsqueda, incautación, decomiso, confiscación y transferencia de bienes que sean instrumento o producto del delito”¹².”

8 Artículo XIV. Convención Interamericana contra la Corrupción. Organización de Estados Americanos OEA. 1996.

9 Artículo XV. Ibidem.

10 Ley aprobatoria del convenio entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de los Estados Unidos de América sobre asistencia legal mutua en materia penal. Gaceta Oficial N° 37.884 del 20 de febrero de 2004. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo15.pdf y en <https://www.state.gov/12941>

11 Idem.

12 Ley Aprobatoria del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Materia Penal entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Belarús. Gaceta Oficial N° 39.558 del 23 de noviembre de 2010.

Además de estos instrumentos internacionales para facilitar la cooperación internacional, el ordenamiento jurídico venezolano ha previsto la figura de la asistencia legal mutua. El Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 111 establece como atribuciones del Ministerio Público en el proceso penal “Solicitar y ejecutar exhortos o cartas rogatorias y solicitudes de asistencia mutua en materia penal¹³.” De igual manera dispone en el artículo 185 que corresponde al Ministerio Público en coordinación con el Ministerio con competencia en relaciones exteriores el trámite de exhortos o cartas rogatorias y solicitudes de asistencia mutua en materia penal, de conformidad a las previsiones de la legislación interna y con fundamento en los acuerdos tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República en la materia.¹⁴

La Ley Orgánica del Ministerio Público en las normas referentes a su competencia señala que esta institución puede “librar y ejecutar exhortos o cartas rogatorias¹⁵ y solicitudes de asistencia mutua en materia penal, y ejercer las demás funciones inherentes en su condición de autoridad central en la materia.

Las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas y transmitirán los requerimientos de asistencia a las autoridades competentes para su ejecución.¹⁶ El artículo 37 eiusdem señala como atribuciones y deberes de los Fiscales o las Fiscales del Ministerio Público “solicitar y ejecutar exhortos o cartas rogatorias, así como instrumentar, solicitar y ejecutar la cooperación internacional con base en los tratados internacional vigentes para la República Bolivariana de Venezuela.¹⁷”

13 Artículo 111. Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de 04 de septiembre de 2009.

14 Artículo 185. Ibidem

15 Una carta rogatoria es una solicitud formal de un tribunal nacional a un tribunal extranjero para algún tipo de asistencia judicial.

16 Artículo 16. Ley Orgánica del Ministerio Público. Gaceta Oficial Gaceta N°: 38.647 de 19 de marzo de 2007

17 Artículo 37. Ibidem.

III. MARCO JURÍDICO NACIONAL

A Prevención

En el presente estudio a los efectos de prevención, hablaremos sobre la actuación que deben desplegar instituciones bancarias y la Unidad de Inteligencia Financiera para proporcionar a las autoridades competentes los reportes de actividades sospechosas, a los fines de rastrear los activos que posiblemente sean producto del delito, toda vez que con la ayuda de estas actuaciones pueden detectarse dicho bienes para su posterior confiscación, primer paso para la recuperación de activos.

Uno de los primeros pasos para la prevención de delitos que pueden generar activos, como el lavado del dinero es la eliminación o regulación en la legislación nacional del secreto bancario.

En el artículo 89 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, se establece la obligación de suministrar información por parte de las instituciones bancarias de manera periódica y oportuna a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), para mantener actualizado el Sistema de Información Central de Riesgos.¹⁸

La disposición transitoria quinta del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario señala que la SUDEBAN “a través de la Unidad Nacional de Inteligencia Financiera podrá solicitar, recibir, analizar, archivar y transmitir a las autoridades de policía de investigación penal compe-

tentes y a los y las fiscales del Ministerio Público la información financiera que requieran para realizar sus investigaciones, así como los informes que se generen de los reportes de actividades sospechosas sobre la legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo que deben efectuar todas las instituciones del sector bancario...”.

La Unidad Nacional de Inteligencia Financiera, adscrita a la SUDEBAN, es la encargada de centralizar, procesar y analizar los reportes de actividades sospechosas remitidos por las instituciones bancarias y los distintos sujetos obligados designados por la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo y el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, a fin de revelar a las autoridades como el Ministerio Público, información que pueda evidenciar la posible comisión de delitos y la identificación de sus autores y partícipes, así como, la información que requieran para realizar sus investigaciones.¹⁹

Dentro de la prevención para el lavado de dinero, debemos revisar lo establecido por la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la cual dispone en su artículo 13 la obligación de reportar actividades sospechosas.

Normativamente, Venezuela cuenta con los medios e instituciones que permitan rastrear los bienes producto del delito. No obstante, la falta de independencia de los poderes públicos y de iniciativa del Ministerio Público por

¹⁸ Artículo 88. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014

¹⁹ Unidad de Inteligencia Financiera. Disponible en: http://www.unif.gob.ve/unif_quienes-somos/

²⁰ Actualmente, se encuentran cerca de 80 casos de corrupción atendidos por jurisdicciones extranjeras tales como Estados Unidos, España, Andorra y Suiza.

investigar presuntos delitos de corrupción que han sido denunciados en instancias internacionales y jurisdicciones de otros Estados²⁰, evidencia el desinterés del Estado venezolano en la prosecución de estos casos, rastreo de bienes que puedan encontrarse en la República y su posterior confiscación.

B Normativa Nacional sobre confiscación

Con la finalidad de preparar el escenario para la recuperación de activos, el Estado debe tener normas que puedan coadyuvar a la misma, relativas a la confiscación de bienes derivados del delito. No obstante, es necesario diferenciar sobre el concepto, alcance y contenido de las diversas medidas existentes en el derecho venezolano como el embargo preventivo o incautación, congelamiento o inmovilización, confiscación o decomiso.

1. Embargo preventivo o incautación

El embargo preventivo o incautación, es una medida cautelar que puede solicitarse ante el juez de la causa o decretarse de oficio, cuando se sospeche que los bienes son producto o están relacionados con el delito que se está procesando. La figura de la incautación se encuentra establecida en el artículo 204 del Código Procesal Penal, la Ley de Drogas en su artículo 3 establece se entiende por incautación “la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o movilizar bienes, o la custodia o

control temporal de bienes, por mandato de un tribunal o autoridad competente”.

La Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, en su artículo 55 prevé que “el juez o jueza de control, previa solicitud del o la fiscal del Ministerio Público, ordenará la incautación preventiva de los bienes muebles e inmuebles que se hayan empleado en la comisión del delito investigado de conformidad con esta Ley o sobre los cuales existan elementos de convicción de su procedencia ilícita.²¹”, encontrando armonía en el concepto de incautación presentado en el resto de las normas citadas.

Además de esto, se observa que la LOCDOFT establece como lineamiento para las instituciones la utilización de la figura jurídica de la incautación para combatir al crimen organizado.²²

La LOCDOFT, señala que el Estado debe proporcionar las condiciones necesarias para para permitir a sus tribunales penales u órganos de investigación penal la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos sujetos a decomiso o confiscación en la asistencia judicial recíproca.²³

Se observa que en la incautación prevista en todas las normas arriba mencionadas, la autorización es dada por el Juez de Control del lugar donde se realiza el procedimiento, a petición del Fiscal del Ministerio Público y excepcionalmente de la policía de investigaciones penales.

21 Artículo 20. Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012

22 Artículo 74. Ibidem.

23 Artículo 87. Ibidem.

2. Congelamiento o inmovilización

Igualmente, la Ley de Drogas en su artículo 179 señala el congelamiento o inmovilización de activos, procedimiento que tendrá lugar de acuerdo a las normas de incautación del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que se entiende que en la luz de la Ley Orgánica de Drogas el congelamiento o inmovilización de activos tiene la misma connotación jurídica que la incautación. El artículo 183 de la misma norma prevé la incautación de bienes.

El bloqueo o inmovilización de cuentas, es una figura que se encuentra en la LOCDOPT y al igual que en la Ley Orgánica de Drogas, tiene la misma naturaleza cautelar de la incautación, textualmente el artículo 56 dispone lo siguiente: "Durante el curso de una investigación penal por cualquiera de los delitos cometidos por un grupo de delincuencia organizada, el o la fiscal del Ministerio Público podrá solicitar ante el juez o jueza de control autorización para el bloqueo o inmovilización preventiva de las cuentas bancarias que pertenezcan a alguno de los integrantes de la organización investigada..."²⁴.

El procedimiento para la inmovilización de cuentas bancarias debe seguirse según lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, a saber:

- A) El Ministerio Público para solicitar que una cuenta bancaria sea congelada, debe presumir a través de fundamentos razonables, que la actuación solicitada se

encuentra relacionada con los autores o partícipes de los hechos que se investigan.

- B) La solicitud de autorización debe contener: mención del delito que se investiga; los medios técnicos que serán empleados y el lugar donde se efectuará.
- C) La solicitud se presentará ante el Juez de Control del lugar donde se realizará la medida y de no otorgarse esta autorización no podrá llevarse a cabo.

3. Confiscación o decomiso

En cuanto a la confiscación, la Constitución venezolana de 1999, establece en su artículo 271 que "...previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes". En dicho precepto constitucional se desprende claramente que los bienes provenientes de delitos de corrupción serán objeto de confiscación.

El Código Penal²⁵, por su parte establece en el artículo 33 que es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan. Lo que evidencia la necesidad de tener una sentencia condenatoria que contenga también la declaración del decomiso de bienes.

²⁴ Artículo 56. Ibidem.

²⁵ Código Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 5.494. 2000.

²⁶ Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de 04 de septiembre de 2009.

El artículo 349 del Código Orgánico Procesal Penal, señala que la sentencia condenatoria decidirá sobre el comiso, destrucción o confiscación, en los casos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley.²⁶

La LOCDOFT en su artículo 4, define a la confiscación como una pena accesoria que consiste en la privación de la propiedad con carácter definitivo sobre algún bien, por decisión de un tribunal, por lo que revisando lo establecido en las normas previamente mencionadas se ve claramente la naturaleza definitiva de la confiscación para el ordenamiento jurídico venezolano.

La Ley Contra la Corrupción, en su artículo 98 establece que “en la sentencia definitiva el Juez podrá ordenar, según las circunstancias del caso, la confiscación de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que afecten gravemente el patrimonio público, a cuyo efecto solicitará ante las autoridades competentes, la repatriación de capitales de ser el caso.

Asimismo, el Juez podrá ordenar, según la gravedad del caso, la confiscación de los bienes de las personas que hayan incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 47 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y consecuentemente la repatriación de capitales.”²⁷

La medida de confiscación también es señalada en cuanto a la cooperación internacional en la LOCDOFT, cuando establece dicha medida como lineamiento en su artículo 74.

La Ley Orgánica de Precios Justos, tipifica como delito el contrabando de extracción en su artículo 57 y establece que “se procederá a la confiscación de los bienes, cuando medie decisión judicial y recaiga directa o indirectamente en detrimento del patrimonio público²⁸”. Asimismo, el artículo 57 eiusdem indica que los bienes objeto de contrabando de extracción que hubieren sido adquiridos mediante el uso de divisas otorgadas a través de la administración cambiaria, provengan del sistema de abastecimiento del Estado, o su extracción afecte directamente el patrimonio público, los mismos serán objeto de confiscación, cuando medie decisión judicial y recaiga directa o indirectamente en detrimento del patrimonio público.²⁹

Igualmente, la Ley Orgánica de Precios justos tipifica los delitos de especulación, acaparamiento y boicot en los cual se establece la confiscación cuando el delito se cometa sobre bienes o productos provenientes del sistema de abastecimiento del Estado u obtenidos con divisas asignadas por el Estado, y con ello pretenda obtener ganancia, o en detrimento del patrimonio público en el caso del boicot³⁰. Si los delitos tipificados en la Ley Orgánica de Precios Justos se perpetraren con el fin de desestabilizar la economía, procedería la confiscación de los bienes (artículo 54).

27 Ley Orgánica Contra la Corrupción. Gaceta Oficial N° 6.155. 2014.

28 Artículo 57. Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial N° 40.787.2015.

29 Idem.

30 Artículo 54. Ley Orgánica de Precios Justos. Gaceta Oficial N° 40.787.2015.

Las leyes penales especiales como la Ley Orgánica de Drogas y la LOCDOFT, establecen un procedimiento especial de decomiso bienes.

Los artículos 185 de la Ley Orgánica de Drogas y 58 de la LOCDOFT, delinean el procedimiento de decomiso de bienes de la siguiente manera:

- A) El Fiscal del Ministerio Público solicitará el decomiso de bienes, luego de transcurrido un año de haberse practicado la incautación sin que se haya podido establecer la titularidad del bien.
- B) Una vez hecha esta solicitud, el tribunal de control ordenará al órgano rector que notifique mediante carteles el decomiso, consignando en el expediente su publicación en prensa.
- C) Los legítimos interesados deberán consignar escrito en el expediente dentro de los 30 días siguientes a la publicación del cartel, mediante el cual promuevan los medios probatorios que justifiquen el derecho invocado.
- D) De no presentarse persona alguna en el lapso de 30 días el juez o jueza acordará el decomiso del bien.
- E) Si la parte interesada se opone al decomiso, el Juez notificará al fiscal del Ministerio Público, para que dentro de los 5 días siguientes a la notificación, conteste y consigne pruebas. Si no se ha presentado pruebas o si el punto es de mero derecho, el juez decidirá dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de los 5 días mencionados, sin interrumpir el proceso penal.
- F) De existir pruebas promovidas se celebrará audiencia oral dentro de los 8 días siguientes a la publicación del auto respectivo. En la audiencia el fiscal del Ministerio Público y el legítimo interesado expondrán oralmente sus alegatos y presentarán sus pruebas. Al finalizar la audiencia, el juez decidirá. Esta decisión puede ser apelada dentro de los 5 días siguientes.
- G) Si el legítimo interesado no se presenta a la audiencia convocada por el tribunal, sin causa debidamente justificada, se declarará desistida su oposición y se acordará el decomiso del bien. Contra dicha decisión no se admitirá recurso alguno.
- H) Cuando la decisión del tribunal de control mediante la cual acuerda el decomiso, se encuentre definitivamente firme, el bien pasará a la orden del órgano rector. El juez o jueza ordenará a los órganos competentes, que expidan los títulos o documentos respectivos que acrediten la propiedad del bien a favor del órgano rector.³¹

El marco legal venezolano tiene normas que prevén la figura de la confiscación de bienes que estén involucrados o sean productos del delito, lo que da una base para la solicitud de restitución, recuperación de bienes, así como para la indemnización de víctimas.

Las medidas de aseguramiento en general, tienen por finalidad la aprehensión de los objetos activos y pasivos del delito. Son ac-

³¹ En el caso de la Ley Orgánica de Drogas, el órgano rector es la Oficina Nacional Antidrogas. En cuanto a la LOCDOFT, el órgano rector es la Oficina Nacional Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo. Se hace la salvedad de que el artículo 58 LOCDOFT, señala la posibilidad de también declarar titular de los bienes al Servicio Especializado para la Administración y Enajenación de Bienes Asegurados o Incautados, Decomisados y Confiscados.

tivos aquellos que se utilizan para perpetrar el delito, mientras que son pasivos los que se obtienen como consecuencia directa o indirecta del delito, es decir: el producto del mismo, como se desprende del artículo 320 del Código Orgánico Procesal Penal, que prevé la devolución a sus dueños de los bienes hurtados, robados o estafados; o la entrega de los bienes ocupados a quien el tribunal considere con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales competentes (artículo 368 eiusdem).³²

Estas medidas, tratan de evitar la proyección indirecta del delito, por lo que quedaría en entredicho la inclusión de esta proyección dentro de la calificación de objeto pasivo del mismo, que está referido al cuerpo del delito, o a lo que éste de inmediato produce.

C. Normativa Nacional sobre recuperación, devolución o restitución de bienes

En Venezuela existen normas sobre la restitución de bienes que hayan sido objeto de medidas de incautación, decomiso o congelamiento. No obstante, a los fines de este informe solamente se estudiará la normativa relacionada con la restitución de bienes objetos de confiscación por haberse determinado su procedencia del delito y ante esta premisa se tiene que la acción civil es la vía idónea para su solicitud, acción que se estudiará en los puntos siguientes.

D. Proyecto de ley de recuperación de activos

La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, planteó el proyecto de Ley de Recuperación de Activos que fue aprobada en segunda discusión. La justificación de la ley se encuentra en la naturaleza transnacional y devastadora de la corrupción que defalcan a los Estados en vías de desarrollo y que involucran a distintas jurisdicciones.

Es menester señalar que debido a la situación política de Venezuela, esta ley no se ha podido publicar en Gaceta Oficial, paso indispensable para la aplicabilidad de la norma.

El preámbulo de la ley, señala que la misma “pretende inscribir a Venezuela dentro de los sistemas con legislación más avanzada en materia de recuperación de activos producto de la corrupción, cumpliendo así las obligaciones internacionales asumidas con la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y adoptando la mayoría de las recomendaciones de las iniciativas de StAr acerca del establecimiento de formas de recuperación de activos distintas del clásico decomiso penal, de manera tal que el estado venezolano quede habilitado jurídica, financiera e institucionalmente para perseguir los activos que le han sido sustraídos, tanto en Venezuela como en otras jurisdicciones, atendiendo criterios de oportunidad y conveniencia.”

La Ley de Recuperación de Activos pretende dar un marco más amplio para la obtención de bienes producto de la corrupción, esta-

32 Sentencia N° 333. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 2001.

bleciendo el procedimiento de extinción de dominio (procedimiento sin condena) para tal fin, siguiendo las recomendaciones de la UNCAC y teniendo como guía la Ley de extinción de dominio de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y la creación de la Oficina Nacional para la Recuperación de Activos.

La ley conceptualiza la recuperación de activos de manera amplia, la identificación, localización aseguramiento, persecución, rescate y resarcimiento de los daños ocasionados al Estado, cuando la noción tradicional de este proceso se conoce como La recuperación de activos consiste en repatriar bienes procedentes de comportamientos corruptos y que se esconden en jurisdicciones extranjeras.³³

Uno de los aportes más importantes de la Ley es el establecimiento del procedimiento de extinción de dominio, procedimiento que no requiere de una condenatoria penal para poder recobrar los bienes producto del delito, de naturaleza civil (aunque discutida en la literatura), entendiéndose que los procedimientos civiles pueden realizarse en ausencia de los acusados, a los que se ha notificado debidamente, y, al menos en las jurisdicciones de derecho anglosajón, el caso será juzgado con un nivel de prueba menor (por lo general, el balance de probabilidades).³⁴

La Ley establece su propio concepto de extinción de dominio, indicando que es la declaración de titularidad a favor del Estado de los

activos ilícitos, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el detentador.

La extinción de dominio es un mecanismo mediante el cual por vía judicial se declara la pérdida del derecho de propiedad de recursos de origen o destinación ilícita, por lo que se constituye como un instrumento esencial para la ejecución de las estrategias contra la corrupción.

En cuanto a la Oficina Nacional de Recuperación de Activos, esta institución novedosa, independiente y autónoma como se señala en la ley, será de gran utilidad para la República a los fines de actuar de manera coordinada con otros organismos del Estado como el Ministerio Público, para conseguir la devolución de bienes derivados de la corrupción.

Esta Ley además establece los términos para la cooperación internacional en materia de recuperación de activos sin excluir los medios que puedan utilizarse por la vía de la Asistencia Legal Mutua establecida en tratados bilaterales y multilaterales.

La norma pretende llenar vacíos existentes en el ordenamiento jurídico venezolano que facilitarán la recuperación de activos productos de la corrupción que se encuentren en el territorio Venezolano.

33 CIFAR. Qué es la recuperación de activos y por qué debería importarte. 2016.

34 Brun, Jean-Pierre y otros. Manual para la recuperación de activos. Una guía práctica para profesionales. Stolen Asset Recovery Initiative (StAr) Banco Mundial-UNODC. 2011.

IV. PROCEDIMIENTOS

A Acción Penal

Para poder recuperar activos productos de la corrupción o de otros en Venezuela primeramente debe pasarse por un procedimiento penal en el que exista una sentencia condenatoria en la cual se establezca que el perpetrador ha cometido un delito consagrado en la Ley Contra la Corrupción, código penal u otras leyes especiales, dentro del cual el Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar medidas cautelares para la incautación, congelamiento o inmovilización de bienes, así como la declaración de decomiso de bienes en la sentencia definitiva y el Juez deberá declarar lo correspondiente en las instancias pertinentes, a saber, el otorgamiento de medidas cautelares a través de una sentencia interlocutoria y el decomiso de los bienes utilizados para la perpetración del delito o productos de este en la sentencia definitiva.

La Ley Contra la Corrupción, establece en su artículo 94, que “los juicios que se sigan por la comisión de los delitos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se regirán por las disposiciones previstas en ella y las contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal”, aun cuando la LCC establece algunas disposiciones sobre el proceso penal, el mismo debe tramitarse bajo lo establecido en el COPP.

A continuación se delinearé el proceso penal mediante el cual se declarará la culpabilidad o no de un delito de corrupción.

El proceso penal venezolano ordinario tiene cuatro fases, aunque parte de la literatura considera que son 5.³⁵

- 1 Fase preparatoria
- 2 Fase intermedia
- 3 Juicio Oral
- 4 Recursiva
- 5 Ejecución: Cuando hay condena definitivamente firme.

1 Fase preparatoria

En la fase preparatoria se habla de prepararse para el juicio. Lo que se prepara es la información con la que se reconstruirá el hecho histórico del delito, información fundamental para la reconstrucción del hecho.

El hecho puede variar con la información que se vaya presentando en esta fase, varía de menor a mayor conocimiento, lo que puede llevarlo a certeza de ese hecho, pasa de la duda a mayor certeza del hecho, pasando por la probabilidad, es decir, acercándose a la realidad. Lo que se busca es determinar la culpabilidad del sujeto. En la fase preparatoria solo se establecen elementos de convicción que se plasman en el acto conclusivo.

35 Buscar doctrina

En esta fase pueden existir pruebas anticipadas, sin embargo son una excepción, pues las pruebas deben promoverse y evacuarse en la fase de juicio. Consisten en verdaderos medios de pruebas, porque se realizan con todas las condiciones del juicio oral, tomándose de forma anticipada por la posibilidad de desaparición de las mismas.

Según el artículo 262 del COPP, esta fase tendrá por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación de él o la Fiscal y la defensa del imputado o imputada.

De acuerdo con el Código procesal Penal, la acción penal está a cargo del Ministerio Público, pero la misma puede iniciarse de oficio, mediante denuncia o querrela.

Inicio de oficio

El artículo 266 del COPP, establece que si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes. Las diligencias necesarias y urgentes estarán dirigidas a identificar y ubicar a los autores o autoras y demás partícipes del hecho punible, y al aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. Es así como el legislador la potestad a los órganos policiales de poner en conocimiento de un hecho presuntamente de-

lictivo al Ministerio Público para el inicio de la investigación penal.

En esta fase la fiscalía puede solicitar medidas preventivas relacionadas con el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil. La decisión de otorgamiento de dichas medidas es susceptible de apelación.

La denuncia

El Código Orgánico Procesal Penal, establece que "cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible puede denunciarlo ante un o una Fiscal del Ministerio Público o un órgano de policía de investigaciones penales."³⁶

La persona que presenta la denuncia puede ser o no la víctima del hecho, por lo que el denunciante no es parte dentro del proceso penal, no obstante, trae consecuencias para quien la formula, ya que, quien formula una denuncia de mala fe, puede cometer el delito de calumnia o simulación de hecho punible.

La denuncia es un deber de la ciudadanía y una obligación en casos establecidos específicamente en el COPP (modelo propio de Estados autoritarios).³⁷ La denuncia puede ser presentada por la víctima o testigo del hecho. Si él o la denunciante no es la víctima, no se considerará parte en el proceso penal. Es cuando cualquier particular, persona, puede poner en conocimiento de la autoridad competente

36 Artículo 267. Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de 04 de septiembre de 2009.

en materia penal (Cuerpos policiales y/o Ministerio Público) la presunta comisión de un delito.

La querrela

Es otro acto por el cual puede iniciarse el proceso penal, el artículo 274 COPP establece que “sólo la persona, natural o jurídica, que tenga la calidad de víctima podrá presentar querrela.” Se hace énfasis en la característica de víctima porque con el Código de Enjuiciamiento Criminal, cualquier ciudadano podía ser acusador. Eso era conocido con el nombre de “acción popular”. A raíz del COPP, solo la víctima puede constituirse, existe una excepción para la acción popular, cuando se trata de delitos contra los derechos humanos, cuando se trata de organizaciones que si pueden presentarla. Pero en términos generales solo la víctima es la que puede presentar querrela. El artículo 275 del COPP establece que “la querrela se propondrá siempre por escrito, ante el Juez de Control.”

La querrela es solo para delitos de acción pública. En Venezuela, la acción penal corresponde al Estado a través del Ministerio Público, que está obligado a ejercerla, salvo las excepciones constitucionales y legales³⁸, siendo esto una manifestación del principio de oficialidad.

El artículo 24 del COPP, establece que la acción penal deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, salvo las excepciones establecidas en la Constitución

de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley. Así el numeral 4 del artículo 285 de la Constitución de 1999 establece dentro de las atribuciones del Ministerio Público “ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.”

Una vez interpuesta la denuncia o recibida la querrela, por la comisión de un delito de acción pública, el o la Fiscal del Ministerio Público, ordenará, sin pérdida de tiempo, el inicio de la investigación, y dispondrá que se practiquen todas las diligencias necesarias diligencias tendientes a investigar y hacer constar su comisión, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la responsabilidad de los autores o autoras y demás partícipes, y el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. Mediante esta orden el Ministerio Público dará comienzo a la investigación de oficio.³⁹

Dado el inicio de la investigación penal, la misma deberá desarrollarse por lo establecido en el artículo 285 del COPP.

De acuerdo al artículo 295 del COPP, el Ministerio Público procurará dar término a la fase preparatoria (investigación penal) con la diligencia que el caso requiera. Pasados ocho meses desde la individualización del imputado o imputada, éste o ésta, o la víctima podrán requerir al Juez

38 Artículo 11. Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de 04 de septiembre de 2009.

39 Artículo 282. Ibidem.

o Jueza de Control la fijación de un plazo prudencial, no menor de treinta días, ni mayor de cuarenta y cinco días para la conclusión de la investigación. La Ley Contra la Corrupción establece, que la fase preparatoria para dichos delitos no excederá de un año.

Finalizada la investigación si el Ministerio Público encuentra elementos de convicción suficientes para el enjuiciamiento público del imputado o imputada, presentará la acusación ante el tribunal de control.⁴⁰

La acusación es también un acto conclusivo de la investigación, con la presentación de la acusación se termina la fase preparatoria y se inicia una nueva fase que es la intermedia, la presentación de la acusación, es pues una especie de oferta o propuesta que hace el titular de la acción penal, en este caso a la Fiscalía, con el fin de pretender, que esta persona sea llevada a juicio oral y que termine siendo sentenciada, porque según ese escrito-propuesta, se está transmitiendo la idea de que hay una probabilidad de que la persona pueda ser condenada, hay fundamentos serios para dicha condena.

2 Fase Intermedia

Una vez culminada la fase preparatoria con la acusación del Ministerio Público, se da paso a la audiencia preliminar, acto que abre la fase

intermedia⁴¹, convocada por el juez de control. En esta audiencia se admite la acusación particular propia de la víctima, se conferirá la cualidad de parte querellante en caso de no ostentarla con anterioridad por no haberse querellado previamente durante la fase preparatoria.

La fase intermedia, está constituida por una serie de actos y es una especie de fase de depuración, de análisis para ver si existen las condiciones para ir a un juicio oral. Dependiendo de la revisión del caso se resolverá si continua o no el proceso. La fase intermedia es un juicio de la acusación, donde se evalúa si la acusación es viable o no.

En Venezuela el Juez de Control será el mismo Juez de la fase intermedia, situación que se considera cuestionable, debido a que el Juez de Control en la fase preparatoria, pudo haber decretado una medida cautelar, creándose una posición definida que considera al imputado autor y responsable del hecho punible.

Admitida la acusación, el tribunal de control dicta el acto que apertura el juicio oral de manera verbal.

En la audiencia preliminar, las partes presentarán sus escritos contentivos de la oposición a las excepciones previstas en el COPP, solicitud de imposición o revocación de una medida cautelar; solicitud de aplicación del procedimiento por admisión de los hechos; proposición de acuerdos reparatorios; solicitud de suspensión condicional del proceso;

40 Artículo 308. Ibidem.

41 Artículo 309. Ibidem.

proposición de las pruebas que podrían ser objeto de estipulación entre las partes; promoción de las pruebas que producirán en el juicio oral; ofrecimiento de nuevas pruebas de las cuales hayan tenido conocimiento con posterioridad a la presentación de la acusación Fiscal.

3 Fase de juicio

El COPP establece en sus artículos 315 al 324 las normas generales del juicio, pasando por los principios, cuya violación puede ser motivo de nulidad del juicio oral y se puede alegar en la apelación en contra de la sentencia definitiva. Los principios están llamados a asegurar y garantizar los derechos fundamentales.

En esta fase se oirán a las partes exponer sus alegatos, así como la promoción y evacuación de las pruebas para desencadenar en la decisión final del Tribunal sobre la culpabilidad o no del acusado, pudiendo darse una nueva calificación jurídica o ampliación de la acusación.

De acuerdo al artículo 344 del COPP, “cerrado el debate, el Juez o Jueza se retirará de la Sala a elaborar la sentencia y convocará a las partes para el mismo día, a fin de imponerlos del contenido de ésta o del dispositivo del fallo...”

De ser la sentencia condenatoria, contendrá según el artículo 349 del COPP las penas y medidas de seguridad que corresponda y, de

ser procedente, las obligaciones que deberá cumplir el condenado o condenada. En las penas o medidas de seguridad fijará provisoriamente la fecha en que la condena finaliza. Fijará el plazo dentro del cual se deberá pagar la multa, si fuere procedente. Decidirá sobre las costas, si fuere el caso, y la entrega de objetos ocupados a quien el tribunal considera con mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales competentes; así como sobre el comiso, destrucción o confiscación, en los casos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley.

4 Recursiva

Esta fase se refiere a la interposición del recurso de apelación contra la sentencia condenatoria que pone fin al juicio penal.⁴²

Al respecto, el COPP en su artículo 445 dispone que “El recurso de apelación contra la sentencia definitiva se interpondrá ante el Juez o Jueza o tribunal que la dictó, dentro de los diez días siguientes contados a partir de la fecha en que fue dictada, o de la publicación de su texto íntegro, para el caso de que el Juez o Jueza difiera la redacción del mismo por el motivo expresado en el Artículo 347 de este Código.

(...Omissis...)”

42 Artículo 443. COPP

La Corte de Apelaciones conocerá del recurso, abriendo el procedimiento para ello y celebrando audiencia donde la parte expondrá los motivos en que fundó la apelación, pudiendo incorporarse pruebas.

5 Ejecución

Quedando la sentencia condenatoria definitivamente firme, se procederá a su ejecución, así como a la ejecución de la orden de decomiso que en ella se hubiere dictado por parte de los tribunales de ejecución.

Además de lo establecido en el COPP, la Ley Contra la Corrupción, en su Título V establece disposiciones sobre el procedimiento penal y las medidas preventivas. El artículo 90 de la ley, señala que la obligación de restituir, reparar el daño o indemnizar los perjuicios inferidos al patrimonio público, por quienes resultaren responsables de los delitos establecido en la ley, se considera de orden público, por cuanto el Ministerio Público practicará de oficio las diligencias conducentes a la determinación de la responsabilidad civil de quienes aparecieren como copartícipes en el delito. En la sentencia definitiva, el tribunal se pronunciará sobre la responsabilidad civil del o de los enjuiciados⁴³, abriendo la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para solicitar la reparación de daños y perjuicios.

La Ley Contra la Corrupción faculta al Fiscal del Ministerio Público a solicitar al Juez de Control (fase intermedia del procedimiento), el aseguramiento de bienes del investigado hasta por el doble de la cantidad en que se estime el enriquecimiento ilícito o el daño causado por el investigado al patrimonio público.⁴⁴

El artículo 98 de la Ley Contra la Corrupción, faculta al juez para ordenar en la sentencia definitiva la confiscación de los bienes de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos establecidos en la Ley, así como la confiscación de los bienes de las personas que hayan incurrido en delito de soborno y consecuentemente la repatriación de capitales, dando cabida para ello a los mecanismos de cooperación internacional como la asistencia legal mutua.

B Acción civil derivada del delito

Los artículos 50 a 54 del COPP establecen la acción civil, ejercida después que la sentencia condenatoria se encuentre firme; sin perjuicio del derecho de la víctima de ejercer acciones ante la jurisdicción civil. A nivel nacional, ejerce la acción civil el Procurador General y el MP practica de oficio las diligencias pertinentes (art. 87 LCC).

43 Artículo 90. Ley Orgánica Contra la Corrupción. Gaceta Oficial N° 6.155. 2014.

44 Artículo 97. Ibidem.

En delitos contra el patrimonio público, tráfico de drogas, la Fiscalía ejerce no solo la acción penal, sino que también ejerce la acción civil dentro del proceso penal, en el mismo escrito acusatorio, esto implica que la Fiscalía en esta clase de delitos puede practicar y puede pedir al Tribunal medidas cautelares civiles destinadas a asegurar el objeto civil de la acción que está ejerciendo.

La acción civil, se interpone para obtener la restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, sólo podrá ser ejercida por la víctima o sus herederos o heredera, contra el autor o autora y los o las partícipes del delito y, en su caso, contra el tercero o tercera civilmente responsable.⁴⁵

La acción civil derivada del delito es una manifestación de los derechos de las víctimas consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal.

El procedimiento para la tramitación de la acción civil se rige por lo establecido en los artículos 413 y siguientes del COPP.

De acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 333, el Código Orgánico Procesal Penal, establece un procedimiento para el cual un derecho subjetivo se ejerza mediante una acción civil separada de la penal, no es posible pensar que durante el proceso penal, pueda protegerse a la víctima, con la posible reparación del daño patrimonial que se le causare y que no ha sido aún pedido, y ni siquiera se conoce

si se hará valer tal derecho. La situación es distinta cuando las leyes ordenan que el daño debe ser reparado independientemente de las exigencias de la víctima, como ocurre en materias como salvaguarda del patrimonio público, ambiente, o drogas.⁴⁶

De acuerdo a la sentencia N° 2210 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, "la acción civil para la restitución, reparación e indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito, que conforme al artículo 49 del Código Orgánico Procesal Penal, puede ejercerse contra el autor, los partícipes del delito y el tercero civilmente responsable, en cuanto a este último sólo se podrá incoar ante la jurisdicción civil, la cual puede igualmente conocer de la acción civil contra los autores del delito, ciñéndose a la legislación civil..."⁴⁷

El artículo 91 de la Ley Contra la Corrupción le otorga la atribución al Fiscal del Ministerio Público de intentar la acción civil en capítulo separado de la acusación, es decir, al finalizar la fase preparatoria del proceso penal, para que sean reparados los daños, efectuadas las restituciones, indemnizados los perjuicios o pagados los intereses que por los actos delictivos imputados al enjuiciado hubieren causado al Patrimonio Público.

Al respecto, en sentencia N° 1251 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se discutió sobre la aplicabilidad de la norma contemplada en la Ley Contra

45 Artículo 50. Código Orgánico Procesal Penal.

46 Sentencia N° 333. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. 2001.

47 Sentencia N° 2210 Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. 2004.

la Corrupción sobre la interposición de la acción civil por parte del Fiscal del Ministerio Público en la acusación, en virtud de con ocasión de la divergencia de criterios existente entre dos jueces de alzada sobre la aplicación de las normas establecidas en la Ley Contra la Corrupción y las normas previstas en el Código Orgánico Procesal Penal. La Sala concluyó que "...la pretensión civil deberá ser formulada por el Ministerio Público conjuntamente con la acusación fiscal conforme lo establece el artículo 88 de la Ley Contra la Corrupción –actual artículo 91–, pero corresponderá al juez de juicio unipersonal o juez presidente si se tratare de un tribunal mixto pronunciarse sobre su admisibilidad, una vez que la sentencia condenatoria que dictó sea definitivamente firme, conforme a lo previsto en el Título IX del Procedimiento para la Reparación del Daño y la Indemnización de Perjuicios del Código Orgánico Procesal Penal, específicamente en los artículos 422 y siguientes."⁴⁸

El presupuesto de admisibilidad de la acción civil (que medie sentencia condenatoria firme), no es presupuesto para intentar una acción en la jurisdicción civil, dejando la opción a la víctima de acudir ante los tribunales civiles antes de producirse la sentencia penal.

Según Pérez Dupuy, el Código Penal establece las reglas fundamentales para la procedencia de la responsabilidad civil derivada de delitos⁴⁹, así pues el artículo 113 de Código Penal

establece que "toda persona responsable criminalmente de algún delito o falta, lo es también civilmente. La responsabilidad civil nacida de la penal no cesa porque se extingan esta o la pena, sino que durar como las demás obligaciones civiles con sujeción a las reglas del derecho civil. Sin embargo, el perdón de la parte ofendida respecto a la acción penal, produce la renuncia de la acción civil si no se ha hecho reserva expresa. Se prescribirá por diez años la acción civil que proceda contra funcionarios públicos por hechos ejecutados en el ejercicio del cargo."

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia 607, declaró que el proceso de la acción civil derivada del delito, constituye un juicio autónomo por intimación en virtud de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, de naturaleza ejecutiva que finaliza con sentencia definitiva sobre el punto planteado.⁵⁰

Una vez establecida que es la acción civil y su naturaleza, concierne pasar a la legitimación activa y pasiva. Al respecto, el COPP establece claramente que la legitimación activa, a saber, quien puede ejercer la acción civil es la víctima y sus herederos, como legitimados pasivo están el autor del delito, partícipes y tercero civilmente responsables.

En los delitos tipificados en la Ley Contra la Corrupción, el legitimado activo es el Ministerio Público, pues se entiende que la víctima es el Estado, así como cuando hayan afectados intereses colectivos o difusos.⁵¹

48 Sentencia N° 1251. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. 2010.

49 Pérez Dupuy, María Inmaculada. Procedimiento de la Reparación del Daño y la Indemnización de Perjuicios de las Víctimas de Delitos. pp. 83.

50 Sentencia N° 607. Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. 2004.

51 Pérez Dupuy, María Inmaculada. Procedimiento de la Reparación del Daño y la Indemnización de Perjuicios de las Víctimas de Delitos. pp. 90.

De acuerdo a lo establecido en el COPP, el tribunal competente para conocer de la acción civil es el tribunal de juicio, una vez se haya dictado sentencia penal condenatoria definitivamente firme.

El procedimiento de la acción civil derivada del delito se encuentra establecido en el Título IX del COPP (artículo 413 y siguientes) y consta de las siguientes fases: Interposición de la demanda, admisión, decreto de intimación, intimación, audiencia de conciliación, audiencia para la recepción de las pruebas, sentencias y ejecución de la sentencia.

C Acción por daños y perjuicios

La acción por daños y perjuicios puede interponerse ante la jurisdicción civil sin necesidad de obtener una sentencia condenatoria definitivamente firme en el proceso penal. Pueden intentarla las víctimas y sus herederos y deberá ser procesada por el Tribunal de Primera Instancia de la Jurisdicción Civil.

La acción por daños y perjuicios extra-contractuales es una acción autónoma, independiente de toda otra acción y está consagrada como tal en los artículos 1185 y siguientes del Código Civil.

El procedimiento de esta acción se llevará a cabo por el procedimiento civil ordinario establecido en el artículo 338 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Debe tenerse en cuenta que el Código Civil en su artículo 1.396, establece que "la demanda de daños y perjuicios por razón de los causados por un acto ilícito, no puede ser desechada por la excepción de cosa juzgada que resulte de la decisión de una jurisdicción penal que, al estatuir exclusivamente sobre la cuestión de culpabilidad, hubiera pronunciado la absolución o el sobreseimiento del encausado."⁵²

Es una manera de recuperar y resarcir el daño provocado a las víctimas por la perpetración de un delito a excepción de los delitos que afecten el patrimonio público y los que afecten los derechos colectivos y difusos, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de código penal.

V. CONCLUSIÓN

La recuperación de activos producto del delito en Venezuela encuentra sus fundamentos en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, siendo que la República ha suscrito y ratificado este tratado. También las leyes nacionales le dan cabida al establecer medidas de decomiso y el procedimiento de la acción civil que garantiza la recuperación de los bienes involucrados o productos del delito, así como la reparación de víctimas.

Sin embargo, estos medios encuentran la dificultad de un Estado con instituciones que no procesan delitos de corrupción, un sistema de justicia penal saturado e imparcial, en el que puede tomar años o incluso décadas la consecución de una sentencia condenatoria definitivamente firme para poder seguir el procedimiento con la respectiva acción civil.

Es por ello que la acción de extinción de dominio presentada en el proyecto de ley de recuperación de activos de la Asamblea Nacional, se hace indispensable para poder recuperar bienes sin necesidad de obtener una condena penal, ya sea por la ausencia del sujeto activo del delito. Ejemplos de acciones de confiscación sin necesidad de condena podemos encontrarlas en legislaciones extranjeras como en los Estados Unidos.

La necesidad de la armonización del sistema jurídico venezolano en cuanto a la recuperación de activos de hace evidente, no solamente para cumplir a cabalidad con lo señalado en la UNCAC, sino también para encontrar facilidad en los procesos de cooperación internacional en materia de asistencia legal mutua.

Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción



TransparenciaVenezuela



@NoMasGuiso



nomasguiso



Transparencia Venezuela



TransparenciaVenezuela