

Extinción de dominio y decomisos ampliados: hacia el reconocimiento entre sistemas

João Conde Correia



EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DECOMISOS AMPLIADOS: HACIA EL RECONOCIMIENTO ENTRE SISTEMAS

Autor:

João Conde Correia





Edita: Programa EL PACCTO
Calle Almansa 105
28040 Madrid (España)
www.elpaccto.eu

Bajo la coordinación de:



Autor:

JOÃO CONDE CORREIA

Magistrado del Ministerio Público, es licenciado, máster y doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Ha publicado ocho monografías (tres como coordinador) y decenas de artículos en revistas especializadas nacionales y extranjeras. Ha impartido conferencias en diversos eventos en Portugal y en el extranjero. Es miembro del Consejo Asesor de la Fiscalía General del Estado y miembro de la red CARIN y de la plataforma ARO.

Con la colaboración del Grupo de Extinción de Dominio y Decomiso de la AIAMP

Edición no venal
Madrid



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Esta publicación ha sido elaborada con la financiación de la Unión Europea. Su contenido es solo responsabilidad del programa “EL PACCTO” y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.

Contenido

Introducción	5
Ejecución internacional del congelamiento y del decomiso	6
Conclusiones.....	18

Introducción

En 1891, Lord Halsbury LC declaró que «todo crimen es local. La jurisdicción sobre el crimen pertenece al Estado donde se comete el crimen». Exactamente un siglo después, Lord Griffiths señaló que, «lamentablemente, en este siglo el crimen ha dejado de ser local en su origen y efectos. El crimen está ahora establecido a escala internacional»¹. De hecho, en cierto modo, ahora podemos hablar de globalización criminal. Por eso mismo, por sí solo, ningún Estado puede, hoy, combatir el crimen y recuperar los inmensos beneficios que de él se derivan.

Aun así, si bien es cada vez más necesario establecer vías de cooperación internacional, lo cierto es que todo se vuelve difícil a la hora de dar o recibir asistencia internacional². Indiferente al cambio radical en el mundo y en la criminalidad, el derecho penal sigue siendo un baluarte de la soberanía. Declaramos solemnemente que queremos cooperar en la lucha contra la delincuencia, pero luego tratamos de hacerlo solo con nuestras propias reglas, como si fueran siempre las mejores y las únicas capaces de asegurar las garantías de defensa propias de un Estado de derecho. En lugar de aceptar la diversidad, tan a menudo por mera ignorancia o simple prejuicio, insistimos en el estricto cumplimiento de nuestras reglas.

Todo esto es aún más difícil cuando se trata de recuperación de activos. A la novedad de la cooperación internacional, hay que añadir la novedad de la recuperación de activos, que, a menudo, ni siquiera a nivel interno es una prioridad. De tal manera que lamentablemente podemos decir que, a pesar de todo lo que se ha hecho, la delincuencia sigue dando sus frutos.

1 . *Apud in* Leonardo Borlini, «Regulating Criminal Finance in the EU in the Light of the International Instruments», *Yearbook of European Law*, 2017, 36, p. 554.

2 . Por las razones de la negligencia de la cooperación internacional en materia penal, por ejemplo, David McClean, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 149 e ss.

Ejecución internacional del congelamiento y del decomiso

1. El proceso de recuperación de activos es un proceso complejo. Normalmente, como en el proceso penal, se inicia con la noticia de un delito, generador de instrumentos, productos o ventajas. Sin embargo, en las nuevas formas de decomiso, puede comenzar con la noticia de un patrimonio incongruente, siendo entonces necesario buscar el delito o delitos que estuvieron en su origen. En cualquier caso, este proceso normalmente se desarrolla en varias etapas sucesivas: la identificación de activos; la incautación de activos; la administración de los activos incautados; la confiscación; la ejecución del decomiso; y finalmente, el destino y reparto de bienes.

1.1. Todo esto es aún más complicado en términos internacionales. Con efecto el proceso de cooperación internacional de bienes sigue los pasos del proceso de recuperación de activos nacionales, pero enfrenta obstáculos adicionales.

En primer lugar, la falta de armonización de las leyes de los diferentes actores. En verdad, el comiso es un instrumento muy antiguo que tiene varios propósitos en su base. La pérdida de los *instrumenta scleris*, de los *producta scleris* e de las ventajas puede servir para fines de retribución, asociado a la idea de eliminar todas las consecuencias del delito, puede servir para fines de prevención general, con el objetivo de demostrar que la delincuencia no paga o fines de prevención especial, buscando evitar la repetición de lo ilícito. Por esta razón, atenta a las diversas finalidades que pueda tener, los diferentes sistemas siguieron diferentes líneas evolutivas, estableciendo diferentes soluciones. También por esta razón, hoy existe una gran incertidumbre sobre la verdadera naturaleza del decomiso:³ Además de aquellos sistemas que lo caracterizan como mecanismo civil o administrativo, existen otros sistemas que lo configuran como sanción, efecto de sanción o misma medida de seguridad. Esto es incluso visible en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuando definen «comiso de bienes», como la pérdida definitiva de bienes, por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente⁴.

Toda esta diversidad, aunque irrelevante desde un punto de vista exclusivamente nacional, plantea serios problemas a la hora de la ejecución internacional. Dado que los sistemas legales son diferentes, las órdenes de decomiso emitidas en un Estado pueden no ser reconocidas en otro Estado, lo que permite a los acusados conservar ilesas las ventajas derivadas de la comisión del delito.

1.2. A pesar de esta gran diversidad, podemos encontrar dos grandes grupos de soluciones: el decomiso basado en una condena y el decomiso no basado

3 . Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 614; Ana Isabel Cerezo Domínguez, *Análisis jurídico-penal de la figura del decomiso*, Granada, Comares, 2004, p. 23 e ss.; Michele Panzavolta, «Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?» in Katalin Ligeti/Michele Simonato (edited by), *Chasing Criminal Money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oxford, Bloomsbury, 2017, p. 28 e ss.

4 . Artículo 1, párrafo f); artículo 2, párrafo g); y artículo 2, párrafo g), respectivamente.

en una condena.

El decomiso basado en una condena presupone una condena penal y la demostración de una relación entre un bien o valor y un delito y, en general, no plantea mayores dificultades en cuanto a su reconocimiento y ejecución internacional. La confiscación es aquí parte de la decisión penal y será reconocida internacionalmente en la medida en que esa decisión penal lo sea.

El decomiso no basado en una condena (es decir, no depende de una condena penal) es mucho más complejo y generalmente se puede subdividir en varios mecanismos que, siguiendo las categorías recomendadas por la red CARIN⁵, podemos agrupar en las siguientes tipologías esenciales: decomiso no basado en una condena en un proceso penal; decomiso extendido, decomiso civil y decomiso de enriquecimiento ilícito⁶.

El decomiso no basado en una condena en un proceso penal («procedimiento de decomiso autónomo»⁷) posibilita que sin que haya una sentencia de condena se pueda acordar el decomiso de bienes derivados de un delito. Tradicionalmente solo *cubre instrumenta* y *producta sceleris*, en particular cuando se trata de cosas intrínsecamente peligrosas⁸, pero en la Unión Europea se ha ampliado recientemente en virtud del artículo 4, párrafo 2, de la Directiva 2014/42 /UE, de 3 de abril de 2014, sobre la congelación y confiscación de instrumentos y productos del delito en la Unión Europea. En el propio proceso penal, ahora es posible decomisar los instrumentos, productos y beneficios del delito, aunque no exista condena: el proceso penal podrá proseguir solo con este fin.

El decomiso extendido extiende la pérdida a bienes distintos de los directamente relacionados con el delito por el que se condena al imputado. En la base de este mecanismo está, sobre todo, la *erweitere Verfall* (decomiso extendido) alemana, introducida en 1992, en el § 73 d del StGB, a la que, por cierto, debemos el nombre⁹ que permitía al juez declarar el decomiso cuando las circunstancias le permitieron concluir que los bienes estaban destinados a la comisión del delito o fueron su resultado¹⁰.

El decomiso civil es una forma tradicional¹¹ de decomiso sin condena. Surgió en el mundo anglosajón y se ha expandido globalmente¹². En América

5 . Camden Asset Recovery Inter-Agency Network: The History, Statement of Intent, Membership and Functioning of CARIN, Manual, 2015, p. 22.

6 . Para un concepto amplio de decomiso extendido, caracterizado por la moderación de la demostración del vínculo entre un bien y el delito que lo originó y que, por tanto, incorpora todas estas categorías, cfr. Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Oxford, Hart 2017, p. 27 e ss.

7 . Para la ley española, Nicolás Rodríguez García, *El decomiso de activos ilícitos*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 245 e ss.; Ana E. Carrillo del Teso, *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, Tirant lo blanch, 2018 p. 219 e ss.; Francisco Javier Garrido Carrillo, *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación substantiva y procesal*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 91 e ss.; Andrea Planchadell Gargallo, «El proceso de decomiso autónomo: aspectos procesales», in Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/ Nicolás Rodríguez García (editores), *Decomiso y Recuperación de Activos: crime doesn't pay*, Valencia, Tirant lo blanch, 2020, p. 123 e ss.; Tomás Farto Piay, *El proceso de decomiso autónomo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, p. 218 e ss.

8 . Por ejemplo, artículo 107.º, n.º 2 del Código Penal portugués de 1982.

9 . Por ejemplo, Sven Keusch, *Probleme des Verfalls im Strafrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005, p. 34 e ss.; Tras la reforma provocada por la Directiva europea, David Ullenboom, *Praxisleitfaden Vermögensabschöpfung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2019, p. 17 e ss.

10 . El artículo 5 de la Directiva 2014/42 / UE es el ejemplo paradigmático de este modelo: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas».

11 . El resumen de la historia y la expansión del decomiso sin condena se puede encontrar en Michaël Fernandez-Bertier, «The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-collar Crime» in Katalin Ligeti/Michele Simonato (edited by), *Chasing Criminal Money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oxford, Bloomsbury, 2017, p. 55 e ss.; Por su evolución en la literatura jurídica estadounidense, Leonard W. Levy, *A license to Steal: the forfeiture of property*, Chapel Hill, University of North Carolina press, 1996, p. 1 e ss.

12 . Para una introducción al sistema inglés, por ejemplo, Ian Smith, «Civil Asset Recovery», in Rui/Sieber (editores), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, p. 31 e ss.; para el sistema irlandés Colin King «'Hitting Back' at organized crime: the Adoption of civil forfeiture in Ireland», in colin King/Clive Walker (Edited by), *Dirty Assets: emerging issues in the regulation of criminal and terrorist assets*, Surrey, Ashgate, 2014, p. 141 e ss.; para el sistema Americano, Stefan D. Cassella, «Nature and Basic Problems of Non-Conviction-Based Confiscation on the United States», RIDP, 2019, 90, p. 195 e ss.

Latina, aparece en forma de leyes de extinción de dominio. Se trata de una acción civil, desvinculada del proceso penal y destinada a demostrar que un determinado bien es el resultado de la práctica de un acto ilícito típico, que tiene como objetivo su decomiso (*in rem*) y no la sanción del autor de ese hecho.

El decomiso de enriquecimiento ilícito compara los bienes de lo demandado con lo que declaró para identificar alguna disparidad entre los dos. Normalmente se aplica en procesos civiles, pero también se puede aplicar en procesos penales, como es el caso de Portugal¹³. No es necesario establecer un vínculo directo entre un delito y dicho patrimonio, pero a menudo se asocia con la presunción del origen criminal de dicha herencia¹⁴.

Además de estas decisiones de confiscación, que surgen de una decisión judicial, pero no basadas en una condena penal, podemos todavía identificar la confiscación por mera decisión administrativa. En muchos sistemas, como es el caso de Portugal¹⁵, las entidades administrativas pueden confiscar ciertos objetos, haciendo que su decisión sea definitiva si no es impugnada judicialmente. Por tanto, incluso una simple entidad administrativa, sin ninguna intervención del Poder Judicial (ya sea penal, civil o administrativo) puede (en determinadas circunstancias, por supuesto) decretar el decomiso de bienes, basándose en el incumplimiento de determinadas disposiciones administrativas. Ya no se trata todavía de la comisión de un delito, sino del incumplimiento de las disposiciones administrativas.

2. La delincuencia actual suele tener una dimensión internacional. Incluso cuando el crimen no es transnacional, podemos estar lidiando con la mera exportación de sus ganancias. Todo ello interponiendo un límite entre los órganos de control y los bienes. La creciente globalización económica y la internacionalización de la delincuencia o la mera reubicación de sus ganancias en el exterior han generado nuevas necesidades de cooperación internacional. Nadie solo puede, hoy, combatir estos fenómenos. La política criminal se encuentra en un proceso acelerado de desnacionalización¹⁶. La creciente pérdida de soberanía penal es evidente.

Por esta razón, los Estados han venido celebrando acuerdos bilaterales o multilaterales destinados a establecer reglas de cooperación internacional *maxime* en el campo de la recuperación de activos. Entre los instrumentos internacionales esenciales para este efecto se encuentran las Convenciones de las Naciones Unidas¹⁷. De hecho, estos acuerdos tienen una aplicabilidad global, por lo que son más amplios que los acuerdos locales o regionales (por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal) y se pueden utilizar fácilmente entre los estados europeos y Latinoamérica. Por eso, solo vamos a discutir estos instrumentos internacionales.

En primer lugar la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (o Convención de 1988), adoptada el 20

13 . Artículo 7 de la Ley nº 5/2002, de 11 de enero. Sobre este sistema, João Conde Correia, «O Confisco e a “fixação” do enriquecimento ilícito», AA.VV. Estudos Projeto Ethos: Corrupção e criminalidade económico-financeira, Lisboa, PGR, 2018, p. 249 e ss.

14 . Sobre estos modelos de decomiso, Isidoro Blanco Cordero, «Estrategias Modernas de Lucha Contra Las Ganancias de Origen Delictivo: Especial Referencia a Las Unexplained Wealth Orders Del Reino Unido», in Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/ Nicolás Rodríguez García (editores), Decomiso y Recuperación de Activos: crime doesn't pay, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 561 e ss.

15 . Artículos 21 a 26 del Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de octubre, que Establece el ilícito de mera ordenación social y proceso respectivo.

16 . Anabela Miranda Rodrigues, «Criminalidade Organizada – Das Fronteiras à Cooperação Judiciária», in Manuel Monteiro Guedes Valente (coordenação), Criminalidade Organizada Transnacional – Corpus Delicti - I, Coimbra, Almedina, 2019, p. 39.

17 . Para un resumen de estas convenciones, cfr. Nicolás Rodríguez García, El decomiso..., p. 55 e ss. o, Idem, «Redescubrimiento de las bonanzas del decomiso en las tácticas supranacionales e internacionales para poner freno a la “sociedad incivil”», in Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/Eduardo A. Fabián Caparrós/Nicolás Rodríguez García (Directores), Recuperación de Activos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales Iberoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 319 e ss.; por su importancia, Ana E. Carrillo del Teso, «La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad», in Ignacio Berdugo Gómez de la Torre/Eduardo A. Fabián Caparrós/Nicolás Rodríguez García (Directores), Recuperación de Activos Y Decomiso: Reflexiones desde los sistemas penales Iberoamericanos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 17 e ss.; o Fernando Gascón Inchausti, El decomiso transfronterizo de bienes, Madrid, Colex, 2007, p. 26 e ss.

de diciembre de 1988, en Viena. De acuerdo con esta convención, que tiene como objetivo «privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad»¹⁸, «cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3» (artículo 5.º).

Delimitando este precepto, la citada convención también refiere que «Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente» [artículo 1.º, párrafo f)] y «Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3» [artículo 1.º, párrafo f)].

Finalmente, esta convención también requiere que las partes tomen las medidas necesarias para permitir que sus tribunales o otras autoridades competentes puedan decretar el embargo preventivo o la incautación del producto, de los bienes y los instrumentos, *id est* que puedan decretar «la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes (artículo 5.º, párrafo 2 y artículo 1.º, párrafo l).

Además de estas disposiciones, que son un factor indiscutible en la armonización del derecho interno de los Estados Partes, la convención también obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación internacional del producto, de los bienes, de los instrumentos o de su valor correspondiente, con miras al eventual decomiso que se ordene, ya sea por la Parte requirente o por la Parte requerida¹⁹ y consagra la obligación de otorgamiento mutuo de asistencia legal en investigaciones, procesos penales y procesos judiciales (artículo 7.º).

En términos de cooperación para fines de decomiso, esta convención prevé dos posibilidades: la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes o los instrumentos presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente, en lo que se refiera al producto, los bienes o los instrumentos que se encuentren en su territorio²⁰.

De esta manera, esta convención internacional estableció los marcos fundamentales para la cooperación internacional en recuperación de activos dentro de las Naciones Unidas.

Poco después, siguiendo este modelo, la Convención Internacional para la Eliminación de la Financiación del Terrorismo, completada el 9 de diciembre de 1999, en Nueva York, también dispuso, en los párrafos 1 y 2 del artículo 8, que «cada Estado Contratante adoptará, de conformidad con los principios de su derecho interno, las medidas necesarias para la identificación, detección, congelamiento o incautación de todos los fondos utilizados o destinados a ser utilizados para cometer los delitos previstos en el artículo 2, así como los beneficios resultantes de dichos delitos, con miras a su posible pérdida» y que «cada Estado Contratante adoptará, de conformidad con los principios de su derecho interno, las medidas necesarias para la pérdida de los fondos utilizados o destinados a la comisión de los delitos a que se

18 . cf. el preámbulo respectivo.

19 . Artículo 5.º, párrafo 4, artículo 5, párrafo 3, subpárrafo b).

20 . Artículo 5.º, párrafo 4, subpárrafo a).

refiere el artículo 2 y el producto de dichos delitos».

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, completada el 15 de noviembre de 2000, en Nueva York, constituyó otro momento crucial de la creación de un sistema internacional de recuperación de activos. En lugar de un grupo limitado de delitos, además de los casos especificados [artículo 3 (1) (a)], cubre los delitos graves, es decir, todos los delitos punibles con una privación de libertad de no menos de 4 años [artículo 3 (1) (a)], teniendo así un ámbito de aplicación mucho más amplio.

Como la Convención de Viena, prevé el decomiso del producto de tales delitos o de los bienes cuyo valor corresponda a ese producto, bienes, equipos y demás instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos previstos en el convenio (artículo 12, párrafo 1). También prevé la identificación, ubicación, congelación o incautación de los activos resultantes de estos crímenes con el fin de una posible pérdida (párrafo 2).

Desde el punto de vista de la cooperación internacional, lo que se destaca como el paso más significativo fue la dedicación de uno de sus artículos, el artículo 13, a la «cooperación internacional para fines de decomiso»²¹.

Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción, completada el 31 de octubre e de 2003, en Nueva York ²², dedica la totalidad del Capítulo V a la recuperación de bienes y eleva su retorno a la categoría de «principio fundamental» de la convención (artículo 51).

De hecho, la recuperación de activos es uno de los aspectos más importantes de la convención. Aunque no define «recuperación o restitución de bienes», la convención (como las anteriores) prevé lo que debe entenderse por «bienes», «producto del delito», «congelamiento o embargo» y «pérdida de bienes».

Además, el artículo 1 (b) integra, entre otras cosas, en el objeto de la convención la promoción, facilitación y apoyo de la cooperación internacional y la asistencia técnica en el campo de la recuperación de activos; el artículo 3 (1) incluye en el ámbito de la convención el embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de los delitos tipificados en la convención; el artículo 31 (Congelamiento, incautación y decomiso), que reproduce el artículo 12 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, agrega que «cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la gestión de las autoridades competentes de los bienes congelados, incautados o declarados decomisados» (n.º 3).

Esta convención también introdujo algunas innovaciones en la regulación de la materia de cooperación internacional, autónoma en el capítulo IV, es decir, en lo que respecta a la regulación de la asistencia judicial recíproca que pueda solicitarse, de conformidad con el artículo 46, párrafo 3, incisos j) y k). de la convención, para la identificación, congelamiento y ubicación del producto del delito y la recuperación de bienes, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V, así como en lo que respecta a las reglas de restitución y disposición de bienes, previstas en el artículo 57º.

Las disposiciones de la convención relativas a la cooperación internacional para fines de decomiso se dividen en dos capítulos: el Capítulo IV (artículos 43 a 50) que regula la cooperación en general y la asistencia judicial recíproca en particular en el artículo 46.; y el capítulo V (artículos 51 a 59), generalmente dedicado a la recuperación de bienes, contiene disposiciones en particular sobre cooperación internacional para

21 . En este sentido, Maria João Antunes/Miguel João Costa, «Cooperação Internacional para efeitos de perda no âmbito da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coordenadores), *Cooperação Internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 343.

22 . Sobre la recuperación de activos en esta convención, Radha Ivory, *Corruption, asset recovery, and the protection of property in public international law: the human rights of bad guys*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 22 e ss.; en español Guillermo Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2008, p. 157 e ss.

fines de decomiso en los artículos 54, 55, 57 y 59²³.

3. Todos estos convenios son unánimes al considerar el decomiso como la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente. Así, la norma se construyó de manera amplia para que las partes puedan colaborar en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico²⁴. Lo que importa es que está en juego la comisión de uno de los delitos incluidos en el ámbito de los convenios. Por tanto, es necesario demostrar que los bienes en cuestión son el resultado directo o indirecto de la comisión de uno de estos delitos. La forma en que esto se demuestra (carga de la prueba, presunciones), el lugar (en un tribunal penal, en un tribunal civil, o mismo en un tribunal administrativo) donde se demuestra y la existencia o no de condena penal es irrelevante. Siempre que sea el resultado de una decisión emitida por un tribunal u otro organismo equivalente, siguiendo uno de esos crímenes, todas las decisiones pueden hacerse cumplir con arreglo a estos convenios.

Estos convenios, si bien presuponen la práctica de un delito (por ejemplo, narcotráfico, asociación delictiva, corrupción), con el fin de decomisar los instrumentos y beneficios del delito, no requieren la condena de su autor o autores o incluso la intervención de un tribunal. Al contrario de lo que normalmente se piensa (y está implícito en algunas respuestas del estudio comparativo) no se trata únicamente de cooperación judicial en materia penal, pero, mucho más que eso, cooperación con el fin de recuperar los bienes obtenidos por los delitos contemplados en estos convenios o, en otras palabras, privar a los infractores del producto de sus actividades delictivas y eliminar así el principal incentivo para su práctica. Entonces, recordando los modelos teóricos de decomiso mencionados anteriormente, podemos decir que estos convenios permiten la cooperación internacional en casos de decomiso basado en una condena penal, pero también, bajo ciertas condiciones, en casos de decomiso no basado en una condena penal.

En el caso de decomiso basado en una condena penal (sea una pena accesoria o un efecto de la pena o cualquier otro mecanismo), la cooperación para los fines de identificación, incautación y confiscación de bienes no plantea mayores problemas: la pérdida es consecuencia definitiva de la comisión de uno de los delitos previstos en los convenios y es determinada por un tribunal. Las garantías de la defensa, necesarias para la condena de una sentencia, fueron, en principio, respetadas.

La confiscación no basada en una condena es más problemática, pero aun así, su investigación y ejecución internacional, así como la ejecución de las medidas necesarias para su cumplimiento, puede, en la mayoría de los casos, ser solicitada en virtud de estos tratados.

El decomiso no basado en una condena en un proceso penal no debería plantear grandes preguntas. Siempre que la decisión demuestre la relación entre los activos (o valor) y un delito en particular, la decisión debe poder ser reconocida y ejecutada en el extranjero. Se trata de los activos, directa o indirectamente, derivados de la comisión de un delito, declarados decomisados por un tribunal penal. Incluso si no ha sido posible condenar al imputado (por ejemplo, por muerte, prescripción, fuga, enfermedad, inmunidad) será posible confiscar la propiedad (o valor) resultante de la comisión de ese delito.

La ejecución internacional del decomiso extendido ya no es tan simple: presupone que el decomiso se extiende a bienes que el juez concluye que siguen siendo producto del delito por el que se condena al imputado, o que representan el mismo valor. Si ese es el caso, la aplicación internacional en virtud de las convenciones será posible. Si

23 . Maria João Antunes/Miguel João Costa, *Cooperação Internacional...*, p. 344/5.

24 . Por este concepto, Hélio Rigor Rodrigues, «Cooperação judiciária em casos de confisco não baseado numa condenação», in Maria Raquel Desterro Ferreira/Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coordenadores), *Cooperação Internacional para efeitos de recuperação de ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 202/2.

bien se facilita la relación entre lo que se decomisa y el delito (por ejemplo mediante presunciones o la inversión de la carga de la prueba), esta relación sigue existiendo y se afirma en la decisión.

El decomiso civil, basado en un procedimiento autónomo, también podrá llevarse a cabo a nivel internacional, sobre la base de estos convenios, si de la sentencia se desprende que esos bienes son producto de un delito comprendido en su ámbito objetivo. A los efectos de la aplicación de los convenios, el carácter civil y no penal del procedimiento es irrelevante. En cualquier caso, las causas de denegación tienen aquí su principal campo de aplicación y pueden conducir al fracaso de la ejecución internacional.

Finalmente, el decomiso de enriquecimiento ilícito es el que más dudas puede plantear²⁵. Si la decisión se limita, sin más preámbulos, a declarar bienes cuyo origen no fue posible esclarecer, perdidos será imposible demostrar su relación con algún delito pasado y, como tal, además no será posible invocar estos convenios para solicitar el reconocimiento y ejecución de dicha decisión en el exterior. Sin embargo, este ya no será el caso en las situaciones en que se asuma que dichos activos provienen de una actividad delictiva pasada y están dentro del ámbito objetivo de los convenios. Siempre que esto esté incluido en la decisión (en virtud de mecanismos como la inversión de la carga de la prueba o meras presunciones), los convenios pueden ser invocados y la decisión ejecutada. No corresponde a la autoridad requerida verificar si esta cuestión de hecho ha quedado bien establecida.

Fuera del ámbito judicial, las órdenes administrativas de congelamiento y decomiso también pueden estar amparadas por estos convenios, siempre que la base de tales decisiones sea la comisión de uno de los delitos comprendidos en su ámbito objetivo. Situación, sin embargo, que será difícil de configurar.

3.1. Aun así, si bien se puede solicitar la ejecución internacional de estas decisiones, no debemos olvidar que los convenios contienen motivos de denegación, que pueden ser utilizados por los Estados solicitados para impedir la ejecución de estas solicitudes.

De hecho, además de otros motivos formales, fácilmente superables, la ayuda podrá ser denegada, cuando: «Cuando la Parte requerida considere que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales; (...) Cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia; (...) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca»²⁶.

La cooperación podrá denegarse en los casos en que la ejecución de la solicitud pueda poner en peligro la soberanía: «la soberanía estatal no puede ser lesionada, funcionando como una barrera a los actos de cooperación»²⁷. Ningún Estado debe lesionar sus intereses legítimos, aunque sean meramente económicos, para colaborar en la ejecución de la política criminal de otra Parte. Si, por ejemplo, los activos que reclama la Parte Requirente ya están

25 . En este sentido, en el marco de los convenios del Consejo de Europa; GIUSEPPE FURCINITI/DOMENICO FRUSTAGALI, *IL SEQUESTRO E LA CONFISCA DEI PATRIMONIO ILLECITI NELL'UNIONE EUROPEA*, MILANO, CEDAM, 2016, p. 50 o JOÃO CONDE CORREIA, «COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA PARA EFEITOS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS NO ÂMBITO DO CONSELHO DA EUROPA» IN MARIA RAQUEL DESTERRO FERREIRA/ELINA LOPES CARDOSO E JOÃO CONDE CORREIA (COORDENADORES), *COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA EFEITOS DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS*, COIMBRA, ALMEDINA, 2021, p. 412.

26 . Artículo 7, párrafo 15, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; artículo 18, párrafo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o artículo 46, párrafo 21 de la Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción.

27 . J.J.GOMES CANOTILHO/NUNO BRANDÃO, «COLABORAÇÃO PREMIADA E AUXÍLIO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA PENAL: A ORDEM PÚBLICA COMO OBSTÁCULO À COOPERAÇÃO COM A OPERAÇÃO LAVA JATO», RLJ, 2016, p. 18.

congelados bajo un procedimiento tributario, la Parte Requerida puede con razón negarse a cooperar. Del mismo modo, ningún Estado puede verse obligado a dañar su propia orden pública o seguridad para satisfacer los intereses de otros.

La cooperación podrá además denegarse cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia. De hecho, a pesar de su creciente devaluación²⁸, la doble incriminación sigue siendo un requisito importante para la plena cooperación entre las partes. No es concebible que un Estado pueda colaborar en el decomiso de instrumentos o producto (o bienes de valor equivalente) del delito que nunca pudo decomisar. Es comprensible, por tanto, que las ayudas al decomiso, o incluso a efectos de medidas cautelares, puedan denegarse en los casos en que no sea así.

Finalmente, la cooperación se podrá denegar cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca. De hecho, la cooperación podrá denegarse en los casos en que la medida solicitada contravenga los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Parte requerida²⁹. Nadie puede, jamás, ser obligado a colaborar poniendo en causa su constitución u otros principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno. Tiene la obligación de observarlos en su totalidad, no pudiendo utilizar un estándar a nivel interno y otro estándar a nivel internacional. Así, si la Parte requirente no respeta las garantías procesales mínimas indispensables para la protección de los derechos humanos³⁰, si existen razones para creer que la vida de una persona está en riesgo, si la legislación interna prohíbe el decomiso de cierto tipo de propiedad, la cooperación puede ser rechazada. Si bien es cierto que «el derecho constitucional no puede aniquilar el derecho extranjero», también lo es que las normas del derecho extranjero también están ligadas a los derechos fundamentales, máximo al núcleo esencial de derechos, libertades y garantías, «cuando aspiran a ser aplicadas en otro orden legal»³¹.

La denegación de cooperación por violación de principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno de la Parte requerida debe ser consistente. Por esta razón, si un Estado reconoce un determinado mecanismo procesal en relación con una determinada categoría de delitos³², no puede negarse su aplicación a otras categorías de ilícitos. Insistimos en que el patrón debe ser el mismo. Quienes cuentan con mecanismos de decomiso civil no pueden lealmente dejar de reconocer los mecanismos homólogos utilizados por otros estados. Asimismo, aquellos sistemas que se benefician de presunciones para demostrar el vínculo entre un bien y un delito difícilmente podrán decir que un sistema basado en la inversión de la carga de la prueba sea incompatible con su derecho. ¿Qué es más agresivo para los derechos fundamentales: decomiso basado en una presunción o decomiso basado en la inversión de la carga de la prueba?

28 . GUY STESSENS, *MONEY LAUNDERING LAW ENFORCEMENT MODEL*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2000, p. 288.

29 . En los *travaux préparatoires* se explicó que la disposición contenida en el apartado d) del párrafo 21 de este artículo no tiene por objeto fomentar la denegación de la asistencia recíproca por cualquier motivo, sino que se entenderá en el sentido de elevar las condiciones mínimas necesarias para ajustarlas a principios más esenciales del derecho interno del Estado requerido. Por tanto, esta causa de denegación no debe invocarse en los casos en que no exista una legislación nacional que permita la cooperación. En este sentido, por ejemplo, Guilherme Jorge, *Recuperación* ..., p. 188.

30 . Por ejemplo, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

31 . J.J.GOMES CANOTILHO/NUNO BRANDÃO, *COLABORAÇÃO PREMIADA*..., p. 20.

32 . Por ejemplo, presunciones para determinar el monto de la ventaja de la actividad delictiva - artículo 5, párrafo 7, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

3.1.1. La existencia de estos motivos de denegación, redactados en términos genéricos, permite evitar la cooperación: con demasiada frecuencia, la cooperación acaba siendo obstaculizada por motivos que parecen más relacionados con el perjuicio que con las garantías que el decomiso, y las medidas asociadas al mismo, debe tener en un Estado de derecho. La respuesta suele ser más emocional que racional. El decomiso recuerda de inmediato los abusos del pasado y, por tanto, provoca reacciones adversas que ya no están justificadas³³.

4. Superar la resistencia internacional al reconocimiento y ejecución de órdenes de decomiso extranjeras (es decir, aquellas relacionadas con el decomiso civil o el decomiso extendido) presupone cambios en el nivel de la cultura judicial y, quizás, ajustes legislativos. Solo la combinación de los dos factores puede, a medio plazo, superar el problema.

4.1. Desde el punto de vista de la cultura judicial, es importante señalar que, salvo algunos especialistas en recuperación de activos tanto a nivel nacional como internacional, la mayoría de los profesionales judiciales aún tienen un conocimiento muy deficiente de los mecanismos de recuperación de activos³⁴. La mayor preocupación de los policías, el Ministerio Público y los jueces es la investigación del delito y el castigo de su autor: la recuperación de activos, con raras excepciones, se olvida o, como mucho, tiene un papel secundario. Hasta que se revierta esta lógica, cristalizada por procedimientos centenarios que repudiaron el decomiso, no será fácil demostrar que el crimen no paga. Si ni siquiera se recuperan los activos existentes en el territorio nacional, ¿cómo podemos esperar que se recuperen a nivel internacional?

El rol del Ministerio Público es aquí fundamental, contribuyendo a la implementación práctica de una nueva política criminal que, además de la necesaria persecución penal, está dirigida a la recuperación de los activos generados por el delito. La investigación patrimonial y financiera debe ser sistemática, permitiendo la identificación de los bienes generados por el delito, su oportuno congelamiento y administración juiciosa y, finalmente, su decomiso y devolución a las víctimas o a la sociedad. El establecimiento de Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos es importante, pero será insuficiente si el Ministerio Público, como *dominus* del proceso, no aprovecha las potencialidades que estas oficinas (altamente especializadas y compuestas por personas muy bien capacitadas) normalmente tienen a su disposición. En muchos casos, su enorme potencial parece todavía estar infrautilizado.

El conocimiento profundo de los mecanismos de decomiso, sin los prejuicios culturales con los que normalmente lo consideramos, puede contribuir a incrementar la confianza entre los distintos actores en el proceso internacional de recuperación de activos. Debe entenderse que la confiscación bajo el imperio de la ley no genera los mismos riesgos que en el pasado. La confiscación ya no está a la discreción del rey o señor feudal: incluso cuando se realiza fuera del marco del proceso penal, obedece a reglas y principios predeterminados que reducen el margen de riesgo a límites muy razonables.

³³ . Sobre esta connotación negativa del decomiso y la necesidad de superarla, João Conde Correia, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 58 e ss.

³⁴ .El problema de la falta de formación adecuada fue planteado en un estudio comparativo del derecho europeo por Barbara Vetorri (Tough on Criminal Wealth: Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU, Dordrecht, Spring, 2006, p. 114), pero también lo comparte Stefan D. Cassela, para quien: «Many law enforcement agents and criminal prosecutors consider the financial investigation to be a distraction» («The American Perspective on Recovering Criminal Proceeds in Criminal and Non-Conviction Based Proceedings», in Katalin Ligeti/Michele Simonato (edited by), *Chasing Criminal Money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Oxford, Bloomsbury, 2017, p. 257).

4.1.1. Algunos ejemplos internacionales, en los que a pesar de las diferencias se pudo colaborar, muestran que el reconocimiento internacional del decomiso civil o del decomiso extendido no es imposible. Los ejemplos más evidentes son, quizás, los casos Khozyainoz, Ananev e Crisafulli-friolo. En las dos primeras situaciones, los tribunales suizos reconocieron las acciones de extinción de dominio decretadas por los tribunales peruanos³⁵. En el tercer caso, Los tribunales franceses reconocieron una decisión italiana basada en una *actio in rem*³⁶.

Para lograr este deseable resultado, es fundamental (como demuestran estas decisiones) que, a pesar de las diferencias metodológicas, sea evidente que se están recuperando bienes de uno de los delitos comprendidos en el ámbito objetivo de las convenciones. Sin esta demostración, no se pueden invocar las convenciones para solicitar asistencia judicial recíproca³⁷. Una vez verificado este supuesto base, desde el punto de vista de la cooperación activa, por difícil que parezca implementar la decisión, las autoridades competentes al efecto no deben capitular. En los casos en los que los importes a recuperar sean importantes³⁸, siempre valdrá la pena intentarlo. Si al final, a pesar de todo, no es posible, al menos intentamos.

Desde un punto de vista pasivo, la cooperación tampoco puede rechazarse automáticamente. El concepto (decomiso) engloba un conjunto muy heterogéneo de mecanismos, esencialmente orientados a la recuperación del producto del delito. Como describimos al principio, las soluciones legales no son las mismas, prevaleciendo la diversidad. El análisis debe así ser casuístico y exhaustivo. Más que el nombre o el carácter civil o penal del mecanismo, importa su esencia: su compatibilidad con las garantías propias de un Estado de derecho. En cada caso concreto, independientemente de la denominación que se le dé al mecanismo en el Estado requirente, se debe analizar su estructura y verdadera naturaleza, a fin de determinar si sus garantías son, o no, suficientes.

En este ámbito, es importante enfatizar que para que sea una sanción y, luego, suponga todas las garantías del proceso penal, el decomiso debe afectar el patrimonio legal del imputado. Si solo está en juego la restitución del patrimonio del imputado a la situación anterior a la comisión del delito (como suele pasar), no se puede hablar de sanción, sino únicamente de restitución. El delito no es un título legítimo de adquisición y devolver lo obtenido ilegalmente no es una sanción penal³⁹. La restitución se puede así lograr a través de mecanismos procesales penales, pero también a través de otros mecanismos procesales, como los de carácter civil (v.g. acción de extinción de dominio). Imponer en estos casos todas las garantías procesales penales es una *contradictio in adjecto*⁴⁰.

35 . Para estos tres casos, Óscar Solórzano, «La recuperación de activos de la corrupción en Perú», in Carlos Tablante/Mariela Morales Antoniazzi (Editores), Impacto de la corrupción en los derechos humanos, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 323 e ss.

36 . Para este caso, Anna Maria Maugeri, «La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento», in Silvio Mazzaresse/Andrea Aiello (a cura di) Le Misure patrimonial antimafia. Milano, Giuffrè, 2010, p. 192.

37 . Por ejemplo, el artículo 13, párrafo 7, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

38 . Si las cantidades a recuperar son pequeñas, no vale la pena iniciar este proceso.

39 . Como lo señaló Blanco Cordero: «El comiso no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desapropiar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado» [«Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», AA.VV. El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción, Ubijus, México (2012), p. 340/1].

40 . Por la sostenibilidad de un modelo de decomiso basado en la protección del enriquecimiento ilícito, por todos, en la doctrina alemana Joachim Vogel, «The legal construction that property can do harm», in Jon Petter Rui/Ulrich Sieber (eds) Non-conviction-based confiscation in Europe Possibilities and limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction, Duncker & Humblot, Berlin (2015), p. 225 e ss. o Jon Petter Rui/Ulrich Sieber «Non-conviction-based confiscation in Europe: bringing the picture together», también publicado en el mismo libro, páginas 245 y siguientes.

La asistencia interinstitucional (o cooperación informal) es, además, como revela el estudio comparativo, de suma importancia y debe utilizarse en los casos más complejos. Antes de realizar la solicitud, será importante consultar previamente sobre los requisitos y los trámites necesarios para su ejecución. Si bien no es obligatorio realizar averiguaciones informales ante ninguna autoridad (policial, fiscal o judicial) del país solicitado, esta práctica, extrañamente desmentida en el estudio comparativo, produce excelentes resultados: evita solicitudes manifiestamente inviables y aumenta la probabilidad de realizar solicitudes controvertidas. Especialmente al principio, es fundamental para el éxito de la cooperación.

4.2. Desde un punto de vista legal (mucho más difícil de cambiar), solo las grandes instituciones internacionales (v.g. ONU, OEA) pueden contribuir a la deseable armonización de soluciones. A pesar de los cambios radicales que hemos enfrentado en las últimas décadas y la actual «globalización criminal», los mecanismos internacionales de recuperación de activos (excepto en el espacio de la UE, por supuesto⁴¹) siguen siendo básicamente los mismos. Es importante crear nuevos convenios o, al menos, mejorar los existentes, incluyendo nuevos mecanismos de decomiso (por ejemplo, decomiso de enriquecimiento ilícito) que no existían en el momento de la firma de los convenios vigentes y, sobre todo, reducir las causas de recusa a lo que realmente importa: salvaguardar las garantías de defensa esenciales en un Estado de derecho. Fortalecer la obligación de cooperación no es imposible e incluso contribuirá al fortalecimiento de la soberanía penal.

También es importante mejorar la legislación nacional. El estudio comparativo de los sistemas mostró que un número significativo de estados aún no cuentan con leyes que regulen la cooperación judicial, activa (3/15) o pasiva (5/15) así como con legislación sobre identificación de activos en el exterior (7/15). Situación que hace que la cooperación sea mucho más difícil e incierta. No es de extrañar, por tanto, que en la mayoría de los casos, según el mismo estudio, no haya experiencia de ejecución de supuestos de cooperación internacional o de ejecución de sentencias de decomisos o extinción de dominio acordada en el extranjero (8/15). Lo que, por supuesto, no significa que no existan activos ilegítimos en el exterior. Todo apunta en la dirección opuesta. Lo más probable es que las autoridades sean incapaces de identificarlos, congelarlos y confiscarlos. Situación que, obviamente, hay que superar.

Las mismas deficiencias son visibles en la gran cantidad de sistemas que no tienen leyes sobre compartición de bienes (6/15) o que permitan devolver activos directamente al Estado requirente bajo la sola presentación de su solicitud (1/15). Un buen sistema de recuperación de activos debe abordar estos problemas: que implica la superación de un sistema de soberanía penal absoluta y supone la aceptación de un sistema de soberanía penal compartida, pero aún más fuerte porque se vuelve global.

4.2.1. La contribución de los grandes areópagos internacionales a la armonización del derecho de los Estados Partes no se limita a las convenciones internacionales. Iniciativas como la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, una propuesta del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), también son fundamentales⁴².

41 . M^a Isabel González Cano, *El Decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 133 e ss. o, aunque ya superado por la legislación vigente, Malin Thunberg Schunke, *Extended Confiscation in Criminal Law: national, european and international perspectives*, Cambridge, intersentia, 2017, p. 225 e ss.

42 . Acerca de esta ley, Ana E. Carrilho del Teso, *Decomiso y recuperación...*, p. 30 e ss.

Según esta Ley Modelo hay un deber de cooperación internacional (artículo 43): «El Estado cooperará con otros Estados en lo relativo a las investigaciones y procedimientos cuyo objeto sea la extinción de dominio, cualquiera que sea su denominación». Para este efecto, «Los convenios internacionales de cooperación y asistencia legal o judicial, así como cualquier otro convenio internacional que regule la colaboración internacional en materia de decomiso y de localización, identificación, recuperación, repatriación y extinción del dominio de bienes, suscritos, aprobados y ratificados por el Estado, son plenamente aplicables a los casos previstos» en esta ley (Artículo 45).

La consagración jurídica de estos retos aumentaría la seguridad jurídica y, por tanto, las posibilidades de cooperación. Quedaría claro en la ley interna (como ya pasa en el derecho internacional), a los efectos de la cooperación activa y pasiva, que los convenios antes mencionados son aplicables en el caso de acciones de extinción de dominio.

Conclusiones

El problema de la confiscación es, en primer lugar, un problema interno. La mayoría de los participantes en el proceso aún no son conscientes de la importancia de la recuperación de activos. Para ellos, el decomiso es, tanto interna como externamente, un asunto inexistente: Si no recuperan activos en términos domésticos, ¿cómo lo van a hacer en términos internacionales? Para ellos solo existe el castigo *tout court*. El uso sistemático de la investigación patrimonial y financiera, detectando el rastro del dinero, tanto a nivel interno como internacional, es fundamental para crear una verdadera cultura de recuperación de activos. Entonces podemos decir que el primer paso hacia el uso efectivo de los mecanismos internacionales de recuperación de activos es el agotamiento de los canales nacionales. A medida que los procedimientos internos fueren rutinarios, también los mecanismos internacionales serán descubiertos y utilizados. Aquí tendrá una importancia decisiva el Ministerio Público, contribuyendo al cambio de una cultura judicial basada en la persecución penal a una cultura judicial basada en la recuperación de los bienes generados por el delito.

En segundo lugar, la recuperación internacional de activos depende de la armonización de las soluciones legales y de una mayor confianza entre los operadores de los diferentes sistemas. Nuestras decisiones solo pueden ser reconocidas en el exterior si también reconocemos las sentencias que allí se producen. Además de la armonización que resulta del cumplimiento de los convenios internacionales, tenemos que incrementar el conocimiento mutuo y fortalecer la confianza que solo este conocimiento permite. Es necesario darse cuenta de que la diversidad de soluciones no impide su reconocimiento. Dentro de ciertos límites, por supuesto, muchas otras soluciones pueden ser aceptables y, como tales, aceptadas y reconocidas.

Dado que el decomiso engloba figuras muy heterogéneas, el enfoque deberá ser casuístico. En cada caso específico, es necesario verificar lo que realmente se trata. El nombre y la naturaleza (civil, penal) del mecanismo es insuficiente (una confiscación civil puede tener garantías suficientes). Solo un análisis exhaustivo del mecanismo, en todos sus aspectos, permitirá comprender si es aceptable o no en el Estado de derecho.

El uso de mecanismos de ayuda interinstitucional, altamente especializados y calificados, será una ayuda fundamental para superar las dificultades que siempre presenta el proceso de recuperación internacional de activos generados por delitos.

Finalmente, debemos tener en cuenta que todas estas convenciones tienen más de 25 años, revelando las heridas que provoca el inevitable paso del tiempo. Son herramientas diseñadas en el último siglo, con las que es muy difícil combatir la delincuencia. Los desafíos actuales son muy diferentes de los desafíos que se plantearon cuando fueron aprobados. En lugar de una necesidad esporádica, la cooperación para la recuperación de activos se ha convertido en una herramienta esencial para combatir el crimen en la actualidad. Sensibilizar al legislador sobre la necesidad de fortalecer los mecanismos legales: reducir y esclarecer las causas de denegación sería un aporte fundamental para incrementar los casos de ejecución internacional de órdenes de decomiso. Aun así, desde un punto de vista interno, siempre será posible, aceptando el desafío que lanza la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (artículo 45), reforzar internamente su aplicabilidad a los nuevos mecanismos de decomiso.

EL PACCTO



EUROPA ↔ LATINOAMÉRICA

PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO

EL PACCTO es un programa de cooperación internacional financiado por la Unión Europea que persigue promover la seguridad ciudadana y el Estado de derecho en América Latina a través de una lucha más efectiva contra el crimen transnacional organizado y de una cooperación fortalecida en la materia. Cubre los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Es la primera vez que un programa regional europeo trabaja en toda la cadena penal para fortalecer la cooperación a través de tres componentes (cooperación policial, cooperación entre sistemas de justicia y sistemas penitenciarios) con cinco ejes transversales (ciberdelincuencia, corrupción, derechos humanos, género y lavado de activos).

Programa liderado por



FIIAPP
COOPERACIÓN ESPAÑOLA



**EXPERTISE
FRANCE**



iila



CAMÕES
INSTITUTO
DA COOPERAÇÃO
E DA LÍNGUA
PORTUGAL
MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA