

Extinción de Dominio de bien lícito instrumentalizado y medidas cautelares

Boletín N° 01

International Centre for Asset Recovery – Latin America | Centro de Gestión de Conocimiento,
2023



Contenido

Editorial.....	3
Comentario académico	4
Crónica académica	8
Crónicas periodísticas.....	11

EDITORIAL

Sobre la utilidad del Proceso de Extinción de Dominio

La gran criminalidad financiera (donde debemos contar a la corrupción, la delincuencia económica, ambiental, organizada, etc.) posee tanta capacidad de daño como de sofisticación, y representa uno de los principales problemas de las sociedades modernas. Frente a ella, las clásicas formas de responsabilidad penal acusan insuficiencia (debido a la fuga del investigado, su muerte, inmunidad, etc.), inclusive contando con sus constantes fórmulas de *aggiornamento* siempre relacionadas con la responsabilidad penal personal.

El proceso de extinción de dominio es una acción civil con contenido criminal que actúa preponderantemente como complemento del proceso penal, y hoy en día se yergue como una de las más eficientes herramientas para hacer frente a la alta criminalidad porque ataca su brazo financiero¹. En efecto, como proceso judicial que no se concentra en la responsabilidad personal, sino en los bienes y activos ilícitos, la extinción de dominio permite atacar el ilícito enriquecimiento que produce la gran criminalidad, evitando la consolidación de la riqueza ilícita, así como su reinversión en la propia actividad criminal.

En el mismo sentido, la experiencia enseña que los activos ilícitos pasan por complejos flujos financieros normalmente transfronterizos y que esto es un gran reto para las autoridades encargadas de recuperar esos activos. En este plano, a partir de sus estándares de prueba y su naturaleza jurídica, la acción de extinción de dominio (presupuestos, instituciones y objetivos) están en mejor capacidad de enfrentar la deslocalización de la riqueza criminal.

Entonces, las connotaciones de la herramienta de la extinción de dominio pueden ser preventivas (desincentiva el crimen), restitutorias (funciona como un mecanismo de recuperación de activos) y resarcitoria, pues afecta bienes o activos cuyo régimen patrimonial no está reconocido por el *statu quo*².

Por otro lado, y por fuerza de su naturaleza, un subsistema de extinción de dominio promueve espacios para el desarrollo de conocimiento especializado en materia de investigación financiera y recuperación de activos; temas a los que el Derecho penal no suele avocarse.

Sin embargo, todas las ventajas de la extinción de dominio, como herramienta de recuperación de activos solamente se constatan cuando la ley es útil y legítima. Es decir, cuando sirve para la persecución de activos ilícitos en el plano nacional e internacional. Y para ello es necesario que se apuntale en los derechos fundamentales y en el Estado de Derecho. De lo contrario, la ley corre el riesgo de convertirse en una herramienta confiscatoria, arbitraria o desproporcional, lo cual le resta utilidad, pues su aplicación siempre será observada por los tribunales internacionales.

El reto de la utilidad obliga al legislador a tomar en cuenta los estándares de respeto de derechos fundamentales de las cortes constitucionales y de los tribunales europeos,

¹ CORTE COSTITUZIONALE (2018). *Sentenza n. 33*, párr. 11.

² VOGEL, J. (2015). The legal construction that property can do harm – Reflections on the rationality and legitimacy of “civil” forfeiture. RUI, J.P. & SIEBER, U. (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. Duncker & Humblot, Berlin, p. 233.

pues normalmente, son las plazas financieras europeas el destino final de los bienes o activos ilícitos que produce la gran criminalidad financiera.

Por lo dicho, una útil ley de extinción de dominio debe ser pensada con vocación de universalidad o globalidad, en el sentido de que se constituya en una herramienta aceptada por tribunales nacionales e internacionales en virtud de su legitimidad. Solamente así el proceso de extinción de dominio podrá cumplir los fines político-criminales que convencen de su adopción: reparación de un *statu quo* de la propiedad y prevención de la criminalidad de *alto standing*.

Erick Guimaray

Centro de Gestión de Conocimiento

COMENTARIO ACADÉMICO

Extinción de dominio de bienes lícitos instrumentalizados e imposición de medida cautelar

Erick Guimaray

1. Introducción

En materia penal existe el decomiso de bienes ilícitos *per se*, que por su propia naturaleza no pueden permanecer en el tráfico jurídico, pero también existe el decomiso de bienes lícitos con los que se hubiere ejecutado el delito. El fundamento de esta última tipología de decomiso penal reposa en el mal uso de la propiedad, por ende, se trata de un reproche contra la persona.

En materia de decomisos sin condena, la extinción de dominio (o decomiso civil³) funciona exactamente de la misma manera que el decomiso penal. Es decir, un bien ilegal en sí mismo puede ser afectado por la acción extintiva (aunque la consecución jurídica sea la destrucción del bien). Y respecto de los bienes lícitos, nuevamente el incorrecto ejercicio de la propiedad (en contravía del orden público⁴) explicaría el decomiso civil⁵. Cabe agregar que el fundamento del decomiso penal relacionado con el peligro de que el delincuente siga usando el bien no se aplica en el proceso de extinción de dominio.

Sin embargo, que el fundamento penal y civil del decomiso de instrumentos lícitos sea el mismo tiene especiales repercusiones que se comentan a continuación.

2. Concepto de instrumento

Antes de hablar de los puntos controvertidos o de las consecuencias del fundamento de la extinción de dominio de bienes lícitos instrumentalizados, es preciso comenzar por la definición del “instrumento” pertinente en el decomiso civil.

En materia civil o penal, los instrumentos se refieren a los bienes o activos que se usan para cometer o facilitar el delito o la actividad ilícita que se trate⁶. Entonces, desde un plano fáctico, la calificación de instrumento tiene una clara connotación logística.

³ STEPHENSON, K. et al. (2014). Barreras para la Recuperación de Activos. Stolen Asset Recovery Initiative – The World Bank UNODC: Washington, p. 73.

⁴ Sentencia Sala de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio, La libertad (Perú), Resolución n° 9, Exp. N° 00020-2019-0-1601-JR-ED-01, de fecha 04.12.20, p.14.

⁵ Stc. Sala de Apelaciones de Arequipa. Resolución N° 27-2020, fundamento 2.2.3.

⁶ GREENBERG, T., et al. (2009). *Recuperación de Activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. The World Bank: Washington, p. 31.

Sin embargo, también es importante tomar en cuenta las connotaciones valorativas. Esto significa que el instrumento es un bien que les funcional al delito o a la actividad delictiva, pero en los propios términos de la tipicidad o de la prohibición de la actividad, respectivamente, y con un razonamiento únicamente enfocado en el bien (*in rem*).

De modo que, no cualquier bien que sirva para la comisión del delito o de la actividad ilícita es ya su instrumento. Por ejemplo, queda claro que el revólver del sicario es el instrumento del asesinato. Pero no se podrá decir lo mismo del lujoso departamento donde un empresario recibe a un congresista para sobornarla. Y esto es así porque el desvalor penal o la tipicidad del delito de cohecho no toma en cuenta -ni como elemento descriptivo ni normativo- al lugar de los hechos.

El concepto valorativo de instrumento es particularmente pertinente en la ley peruana de extinción de dominio, cuyo Reglamento (art. 8.2) le permite al fiscal especializado ignorar el llamado “interés económico relevante” del bien que persigue, cuando se trate de instrumentos. Así, sin un criterio cuantitativo como el valor económico del bien, solamente restará un criterio totalmente cualitativo y normativo, respecto de la real funcionalidad del bien para el delito o la actividad ilícita.

3. Excepcionalidad de la causal

El concepto valorativo de instrumento no es el único límite que la discusión sobre la extinción de bienes lícitos instrumentalizados convoca.

En efecto, quizá la cuestión más importante sea la ajenidad de dicha causal para la propia naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio. Es decir, la extinción de dominio de un instrumento lícito se basa en una valoración conductual⁷ -el mal uso de un bien lícito- que por supuesto recae en el sujeto. Pero resulta que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es *in rem*⁸. Es decir, entre la causal o presupuesto y la naturaleza de la herramienta existe una contradicción insalvable.

Y este problema existe en cualquier modalidad de afectación por instrumentalización, llámese, valor equivalente del bien lícito instrumentalizado, mezcla de bienes lícitos para ocultar otros ilícitos, afectación del bien lícito instrumentalizado de propiedad de un tercero, etc.

Sin embargo, a pesar de la contradicción, las leyes regionales de extinción de dominio suelen incorporar la causal de instrumentalización de bien lícito. Es decir, formalmente, el fiscal está habilitado para aplicarla, pero, también es verdad que fiscales y jueces pueden estudiar los casos más allá de irreflexivos formalismos, y tomar en cuenta otros criterios con miras a una aplicación excepcional de esta controvertida causal.

Al respecto, debe citarse, en primer lugar, el criterio de aplicación por antonomasia de la extinción de dominio: la vinculación del bien o activo a determinado delito o actividad ilícita. Entonces, descartando una instrumentalización esporádica, casual o circunstancial⁹, podría atenderse al bien mismo y a sus características funcionales al delito, que lo vinculan irremediamente a este, por ejemplo, el auto lícito totalmente acondicionado no ya para transportar personas, sino alijos de droga. En este caso, el auto está totalmente vinculado a la comisión del delito, y la afectación se basa en su entidad corpórea, más que en el “mal uso de la propiedad”.

⁷ HUERTAS, O., MORALES, I., y TRUJILLO, J. (2015). Factor subjetivo en la extinción de dominio por utilización de bienes en la comisión de actividades ilícitas. *Revista Conflicto & Sociedad*, Vol. 3, N°. 2, p. 40.

⁸ VOGEL, J. (nota 1), p. 225.

⁹ Stc. Supreme Court of The United States (1993). *Austin vs. USA*, 509 U.S. 602, p. 621.

Otro criterio pertinente es la buena fe del tercero. Es decir, aunque el propietario del bien pueda alegar un adecuado deber de diligencia sobre el destino que se le dará a su bien (en un arrendamiento, por ejemplo), este deber no puede significar una carga significativa o exagerada para ese tercero. De lo contrario, se trataría de una afectación ilegítima a la propiedad del tercero¹⁰.

Un tercer criterio pertinente es la proporcionalidad. Así, partiendo de que el principio de proporcionalidad sirve para evaluar la pertinencia de la medida de cara a la consecución de sus fines políticos criminales, y también para establecer el *quantum* de la afectación, la extinción de dominio de bienes lícitos debe ponderar todos los intereses en juego.

Por ejemplo, no podría afectarse el inmueble que ha sido instrumentalizado para vender cocaína, cuando el culpable está en prisión, y en el inmueble habitan más personas que nada tuvieron que ver en el delito. En este caso, el despojo de la vivienda nada aportaría a los fines político-criminales de garantizar la licitud de la propiedad (porque la casa no está siendo instrumentalizada delictivamente) ni a la prevención del delito (quienes habitan la casa no se dedican al tráfico de drogas).

En definitiva, no debería imponerse un decomiso automático que impida a las autoridades analizar si la medida representa un balance justo de intereses¹¹.

Finalmente, debería tenerse presente que en materia penal el decomiso de bienes lícitos instrumentalizados puede ser considerado como un “castigo adicional”. Por ejemplo, si A vende drogas en la calle y B lo hace dentro de su auto, el decomiso civil del coche como instrumento del delito significaría una sanción extra a pesar de que la conducta es la misma (tráfico ilícito de drogas).

Entonces, esta connotación del decomiso penal de instrumentos lícitos también debería actuar como un límite o como fundamento de una imposición excepcional de la extinción de dominio de bienes lícitos instrumentalizados.

4. Análisis jurisprudencial: instrumentos y medidas cautelares

La causal de extinción de dominio por instrumentalización de bien lícito es recurrente en la práctica judicial peruana. A continuación, se comenta sobre los argumentos judiciales aplicados a un caso concreto, a partir de las ideas críticas mencionadas en líneas precedentes.

El Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima emitió la Resolución N° 2 (de fecha, 21.12.2021), en el EXP. 00047-2021-1-5401-JR-ED-01, en la que concede la medida cautelar de incautación sobre un vehículo a pesar de que existía una medida cautelar penal sobre el mismo bien. La medida cautelar se dictó bajo la causal de instrumentalización de la ley de extinción de dominio peruana.

De acuerdo con los hechos, se cauteló un vehículo que una persona usó para recoger un paquete que contenía más de 10 kilogramos de clorhidrato de cocaína. La decisión judicial se basó en un repaso puntual de los requisitos legales para imponer una medida cautelar, pero principalmente en que “(...) probablemente [el bien] tendría un origen ilícito al constituir instrumento del delito de tráfico ilícito de drogas cometido dentro del contexto de una presunta organización criminal”¹². Además, se agregó la alta

¹⁰ Stc. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). *Asunto B.K.M. Lojistik...*, cit., párr. 47.

¹¹ Stc. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015). *Asunto Andonoski v. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*. Sentencia del 17 de setiembre, párr. 38.

¹² Stc. Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica, Resolución N° 2, EXP, N° 00047-2021-1-5401-JR-ED-01, de fecha 21.12.2021, p. 5.

probabilidad de que el bien pueda ser instrumentalizado para el transporte de droga ilícita, lo que obviamente permite colegir de manera razonada su vinculación ilícita¹³.

Como puede observarse, las ideas centrales en torno al concepto de instrumentalización apuntan a distintas y confusas cuestiones, de modo que, a continuación, se comenta sobre dichas razones a partir de las ideas expuestas *supra*.

El simple uso de un vehículo para recoger droga no lo convierte en instrumento del delito, sino que el vehículo en sí mismo esté dispuesto exclusivamente para este. Por ejemplo, sí serían instrumentos la casa donde se “cocina” la droga o las avionetas que se dedican a transportar la droga entre clandestinas pistas de aterrizaje. Es decir, el solo plano fáctico no basta, pues será necesario recurrir a la propia tipicidad del delito, que suele consistir en la producción, venta, repartición, etc. de droga, como ocurre en los ejemplos propuestos que pueden calzar en los conceptos de producción y traslado de droga.

Otra situación destacable podría ser la esporádica instrumentalización del vehículo, pues ello debió activar un razonamiento de proporcionalidad que pondere el despojo de un bien lícito con los fines político-criminales de evitar que se siga usando un vehículo de manera delictiva.

Por otro lado, ni siempre el bien instrumentalizado debe tener origen ilícito ni esta puede ser una condición, pues ello iría en contra del *statu quo*. Es decir, la delincuencia más avanzada no usa sus directas ganancias o efectos para seguir operando (cuya ilicitud es de origen), sino que los convierte o transforma dándoles apariencia de legalidad, para luego reinvertirlas en la actividad criminal. Y con bienes ya integrados, la aplicación de la acción de extinción de dominio sobre instrumentos sería muy difícil si solamente se basase en bienes ilegales.

Y sobre las presunciones de ilicitud y uso ilícito y futuro del bien que el juzgador peruano ensaya, no debe olvidarse que esas situaciones deben ser probadas siquiera de manera indiciaria. Cuestión que, en el caso concreto, parece bastante complicado, si tomamos en cuenta que la organización criminal está siendo procesada, lo cual hace pensar que también estaría desactivada.

En definitiva, la aplicación de la extinción de dominio por instrumentalización de bien lícito tiene carácter excepcional, acotado por cuestiones sustantivas (calificaciones dogmáticas) y procesales (actividad probatoria), que redundan positivamente en la legitimidad de la causal, y que, por ende, no deberían omitirse en la valoración judicial.

¹³ Stc. Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio (nota 5), p. 14.

CRÓNICA ACADÉMICA

Congreso Internacional: “Desafíos en delitos de corrupción de funcionarios y crimen organizado”

El Poder Judicial del Perú, a través de su unidad técnica encargada de la implementación del Código Procesal Penal, llevó a cabo el Congreso Internacional “Desafíos en delitos de corrupción de funcionarios y crimen organizado”. El evento se realizó en la ciudad de Trujillo del 18 al 20 de julio del 2023 y contó con ponentes tanto nacionales como internacionales, así como panelistas nacionales.

Las discusiones tanto teóricas como prácticas giraron en torno a diferentes ejes temáticos. Así, se abordaron cuestiones relativas al abordaje de los delitos de corrupción de funcionarios, crimen organizado y delitos conexos. Landolfo Andrade de Souza, fiscal brasileño, planteó la posibilidad de considerar a las convenciones internacionales contra la corrupción como tratados de derechos humanos, al tratarse este de un grave fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integridad – de lo que se derivaría un derecho a vivir libre de corrupción -y, por ende, siendo necesario crear un status de lucha contra la corrupción a la que se puedan someter incluso leyes internas.

Por su parte, la procuradora pública ad hoc para el caso Lava Jato, Silvana Carrión, resaltó la importancia del delito de cohecho activo transnacional para hacer frente a la corrupción como fenómeno que socava cualquier política pública, las bases de la gobernabilidad y del desarrollo sostenible. En esa línea, se resaltaron los mecanismos necesarios para asegurar la efectividad de este delito, como la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, los programas de cumplimiento y la cooperación internacional. De igual manera, se discutieron aspectos problemáticos de este delito como la pertinencia de considerar a la administración pública como el bien jurídico protegido y la necesidad de uniformizar la legislación para que sea aplicable a las personas jurídica una sanción pecuniaria por un único concepto.

Finalmente, sobre esta primera temática, Julio Tejada Aguirre, juez superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, presentó el estado actual de la lucha contra la ciberdelincuencia en el Perú. Además, planteó la existencia de una ciberdelincuencia organizada que, por la forma en la que operan y se organizan, dificulta la persecución y sanción de los líderes de estos grupos organizados.

Un segundo eje estuvo destinado a discutir la vinculación entre la corrupción, el crimen organizado y el lavado de activos. Luis Yshii, profesor universitario, expuso cómo las organizaciones criminales han evolucionado desde formas productivas clásicas o tradicionales hacia grupos ligados a la corrupción pública, donde confluyen altos funcionarios públicos, y organizaciones criminales mixtas, donde las empresas criminales confluyen con el poder público, instrumentalizándolo a través de partidos políticos y grupos empresariales.

En una segunda intervención, Yshii abordó las estrategias nacionales e internacionales para hacer frente a la criminalidad organizada: la comprensión de las nuevas tipologías asociadas a la corrupción política, a los altos funcionarios públicos y a la criminalidad productiva; la utilización de técnicas especiales de investigación tanto para personas naturales como para personas jurídicas; la sanción de la obstrucción a la justicia, el lavado de activos y la responsabilidad de las personas jurídicas; el empleo de herramientas de recuperación de activos; la implementación de políticas anticorrupción que atiendan a la vinculación entre la corrupción, el crimen organizado y el lavado de

activos; y la utilización de los mecanismos de cooperación judicial internacional y asistencia mutua en materia penal.

Por su parte, Juan Ronderos, oficial de sanciones del Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), expuso cómo el crimen organizado y la corrupción convergen de manera simbiótica, lo que repercute en el desarrollo de las sociedades y de los países. Así, mostró cómo desde el BID y el Banco Mundial se busca responder a estos fenómenos a efectos de asegurar que los fondos que se otorgan para contribuir al desarrollo de los Estados y la lucha contra la pobreza no se desvíen de estas finalidades.

Finalmente, Daniel Linares, Intendente de Análisis Operativo de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) del Perú explicó el rol que cumple esta entidad en la lucha contra el lavado de activos a partir de la obtención, intercambio y análisis priorizado de la información que recaban. Además, señaló la importancia de seguir la ruta del dinero y de la interrelación con otros actores como el Poder Judicial y el Ministerio Público.

El tercer eje de este importante evento académico giró en torno a las herramientas procesales para la persecución y sanción de la corrupción y el crimen organizado. El juez supremo Juan Carlos Checkley abordó una serie de medidas que coadyuvan a la búsqueda de pruebas en casos de corrupción, teniendo como punto de partida la naturaleza clandestina de estos delitos y el balance que debe existir entre la necesidad de cumplir con los fines de la persecución penal y el respeto por los derechos fundamentales de los investigados. Las herramientas señaladas fueron la detención preliminar judicial, el allanamiento, la videovigilancia y la intervención de las comunicaciones.

Por su parte, Vivian Durieux, gerente de programa del Instituto de Estudios Judiciales de la Oficina Internacional para Asistencia Técnica y Capacitación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, abordó el rol del juez en el manejo de evidencias de la prueba en casos de corrupción. Así, sostuvo que los jueces que manejan un caso de corrupción están sometidos a un constante escrutinio público, lo que sin embargo no puede limitar la actuación del juez sobre la base de la prueba que se ha actuado; por el contrario, los jueces tendrán como grandes retos lograr una absoluta transparencia en los procesos y asegurar la eficiencia en el manejo del caso.

Aunado a ello, se desterraron algunos mitos en torno a la figura del juez. En esa línea, se negó que el juez tuviera un rol pasivo; por el contrario, este tiene mucho que hacer y para hacerlo bien debe ser un ente activo: garantizar los derechos de las partes, controlar el trámite procesal, juzgar la evidencia de manera imparcial. Para modular su actuación, el juez debe identificar en qué etapa del proceso se encuentra, debe prestar atención a la teoría del caso y que esta se corresponda con el delito que se imputa y, además, debe controlar la suficiencia y legalidad de la prueba, donde es la declaración testimonial el medio probatorio por excelencia que garantiza de mejor manera el derecho de confrontación.

Por último, la jueza peruana Liz Huisa mostró los mecanismos que se vienen empleando para asegurar la ejecución de las sentencias en delitos de corrupción de funcionarios: la inscripción de los deudores en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECCI); la ejecución forzada a través del remate de bienes, tanto tradicional como electrónico, o de su adjudicación y el cálculo de los intereses legales. Además, se expusieron los problemas en torno a la prescripción de la acción civil.

El cuarto y último eje temático estuvo dedicado al análisis de la extinción de dominio como mecanismo eficaz para la recuperación de activos generados por la corrupción y

el crimen organizado. Por un lado, el juez supremo Manuel Luján expuso, a partir de las estadísticas oficiales, la realidad sobre el funcionamiento de la extinción de dominio en el Perú. Además, conceptualizó esta institución como un nuevo derecho con principios, reglas y técnicas propios, que busca dar cumplimiento a la cláusula social de la propiedad, reconocida en el artículo 70 de la Constitución. Así, la acción de extinción de dominio estaría compuesta por elementos objetivos y funcionales y circunstancias (presupuestos, nexos o vínculos y ganancias ilícitas).

Finalmente, la jueza del circuito especializado en extinción de dominio Clara Agudelo abordó la institución del decomiso como una herramienta dentro de una política criminal enfocada a atacar las finanzas que tienen un origen espurio y, por ende, a recuperar estos activos a nivel interno y a nivel internacional para que se pueda lograr finalmente la restitución de activos producto de la corrupción. En este marco, explicó los diferentes mecanismos de decomiso y cómo estos tienen un ámbito de aplicación concreto: el decomiso directo para instrumentos y productos; el decomiso indirecto para atacar la transformación, mezcla y el valor equivalente; y, finalmente, el decomiso ampliado o decomiso civil.



Crónicas Periodísticas

Perú

El Basel Institute llevó a cabo dos fechas (7-11 y 14-17 de agosto) de su Programa de Entrenamiento en Investigación Financiera y Lavado de Activos, dirigido a funcionarios y funcionarias del Ministerio Público, la Procuraduría General de la República y la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

La primera fecha se concentró en delitos de corrupción y lavado de activos, mientras que la segunda fecha hizo lo propio en delitos ambientales.

