

Navegando entre extinción de dominio y la asistencia legal mutua

Lecciones de la corrupción transnacional

Oscar Solorzano | noviembre 2021

Contenidos

1 Sumario	2
2 Introducción	3
3 Entendiendo el problema	4
3.1 Contexto	4
3.2 Determinación del mecanismo de cooperación	5
3.3 Incidencias problemáticas en la ALM	8
4 Conociendo la solución	11
4.1 Decomiso: ¿sanción o medida reparadora?	13
4.2 Obligación de cooperar en la ALM	15
4.2.1 Responsabilidad compartida	16
4.2.2 Fuerza vinculante	17
5 Enfoque de derechos humanos	20
5.1 Propiedad	22
5.2 Juicio justo	23
5.2.1 Litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil	24
5.2.2 La doctrina antisubversiva	26
6 Caso de estudio: el traficante de armas ruso	27
6.1 Consideraciones iniciales	27
6.2 Personajes	28
6.3 Historia	28
6.4 Hechos	29
6.5 Cronología	32
7 Consideraciones finales	33
8 Bibliografía	36

Autor

Oscar Solórzano¹

Oscar Solórzano es director de la oficina para Latinoamérica del Basel Institute on Governance y especialista sénior en recuperación de activos del Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés) del Basel Institute, institución en la cual labora desde el 2012. Es licenciado y magíster en derecho por la Universidad de Friburgo (Suiza). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tiene estudios de doctorado en la Universidad de Ginebra donde además se desempeñó como miembro del cuerpo docente hasta el 2012.

Desde que se unió a ICAR, Oscar Solórzano brinda asistencia técnica a los países requirentes en el desarrollo y ejecución de las distintas estrategias para la recuperación de activos internacionales, lo que incluye el trabajo con autoridades judiciales y políticas en un contexto eminentemente internacional.

¹ Esta contribución ha sido redactada por Oscar Solórzano, su contenido no refleja necesariamente la opinión del Basel Institute on Governance ni de la Universidad de Basilea. El autor agradece a Diana Cordero, Ledy Segura, Erick Guimaray y Dennis Cheng, miembros de la Oficina Latinoamericana del Basel Institute, por su competente e informada relectura de esta contribución.

1 Sumario

Los casos en los que los Estados víctima de la corrupción política, perpetrada por sus líderes políticos, han podido utilizar la cooperación judicial internacional en materia penal para investigar o ejecutar órdenes de decomiso en jurisdicciones extranjeras son excepcionales. Las dificultades para cooperar, se intensifican cuando la solicitud de asistencia legal mutua (ALM) del país solicitante (Estado requirente) se basa en una tipología de decomiso no tradicional (no penal)².

La casuística internacional expone numerosos casos donde los esfuerzos de los Estados víctima de la corrupción se ven obstaculizados por la negativa de colaborar de sus contrapartes extranjeras. Algunos Estados requeridos interpretan de manera restrictiva los principios que gobiernan la ALM, y recurren al argumento general para cuestionar la cooperación según el cual el procedimiento extranjero es desconocido en su marco jurídico nacional. Esta interpretación asocia la ausencia de un mecanismo similar en su derecho nacional a una potencial vulneración de sus principios jurídicos. No cabe duda que el principio de territorialidad que rige en la ALM (*locus regit actum*)³ lo faculta a rechazar cualquier tipo de cooperación que vulnere su orden jurídico interno, su soberanía, su seguridad nacional o sus intereses esenciales⁴.

Esta contribución reconoce que la ejecución internacional de decomisos no penales depende de la discreción del Estado requerido según lo establece el derecho internacional. Sin embargo, desde la adopción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)⁵ en el 2003, se ha precisado el estándar en materia de cooperación judicial: un Estado Parte conserva la potestad de rechazar la ejecución de decomisos extranjeros no penales en la medida que estos vulneran los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Para determinar esta supuesta vulneración, el Estado requerido deberá proceder a una evaluación de la decisión extranjera y rechazarla de manera motivada únicamente en situaciones justificadas.

² Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M. y Herrera del Campo, B. (2002). La recuperación de activos en el Derecho español. En: *Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción*. Transparencia Venezuela, Caracas, p. 15.

³ Zimmermann, R. (2014). La coopération judiciaire internationale en matière pénale, p. 755; Popp, P. (2000). Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, p. 303. El principio Locus Regit Actum es el pilar cardinal de toda cooperación internacional y se sustenta en la soberanía de cada Estado. Este principio declara la igualdad y autonomía del Estado solicitado por una solicitud de cooperación, por lo tanto, los requerimientos de ALM se tramitan bajo las garantías constitucionales de su norma interna.

⁴ ICJ (2006), 9 de enero de 2006, Djibouti v. France. La International Court of Justice (ICJ), explica las cuestiones de la ALM en materia penal en el Caso. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/136>.

⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)*, adoptada el 31 de octubre de 2003. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corruption/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corruption.pdf.

2 Introducción

Las primeras interacciones entre la extinción de dominio y los centros financieros internacionales de Suiza y Luxemburgo revelaron que los tribunales de estos Estados le atribuyeron una importancia preponderante al respeto de los derechos humanos en su análisis de la ley de extinción de dominio del Perú⁶.

En Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha definido retrospectivamente (*ex post*) la relación de este tipo de leyes con las libertades fundamentales. Los derechos humanos aparecen en este análisis como un derecho superior⁷, y en esta concepción, es el límite inferior que las legislaciones sobre decomiso sin condena no pueden transgredir⁸.

No obstante, la determinación del contenido normativo de los derechos humanos aplicables al decomiso en la jurisprudencia del TEDH se realiza en función de casos y legislación específicas. Por tanto, no constituyen reglas de carácter general aplicables a todos los contextos. Se trata simplemente de pistas de reflexión sobre la compatibilidad de ciertas leyes con las garantías fundamentales.

Esta contribución discute brevemente algunas de las lecciones aprendidas en materia de cooperación judicial internacional en materia penal en el contexto de los primeros casos de ejecución de decisiones fundadas sobre la ley extinción de dominio del ordenamiento peruano⁹, en Suiza y Luxemburgo. La piedra angular de esta contribución es que el sistema de protección de los derechos humanos (aquellos relevantes en materia de decomiso sin condena) proporcionan un punto de partida concreto para que los Estados puedan valorar el contenido normativo del mecanismo de recuperación de activos extranjero, facilitar la armonización de criterios y, con ello, promover la cooperación internacional.

Es decir, la evidencia empírica demuestra que, en la medida de que la ley extranjera respete los estándares internacionales, existen mayores y mejores posibilidades de que el mecanismo de

⁶ Tribunal Federal Suizo (2017), 30 de enero de 2017, Decisión RR.2016.147 (Caso Yuri Khozyainov).

⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2005). *Derechos Humanos: Manual para Parlamentarios*. Francia, p.1-9. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training13Newsp.pdf>. Se ofrece una visión de los principios generales de los derechos humanos, las obligaciones de los Estados y su implicancia con la aplicación en los tratados internacionales.

⁸ Esser, R. (2015). *A Civil Recovery Model – The German Perspective*. En: Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities, and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 101.

⁹ Decreto Legislativo 1104 (2012), legislación sobre la Pérdida de Dominio; Decreto Legislativo 1373 (2018). Ley vigente de Extinción de Dominio. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-sobre-extincion-de-dominio-decreto-legislativo-n-1373-1677448-2/>. La Extinción de Dominio es la última adición a una línea de leyes peruanas de recuperación de activos.

recuperación de activos sea reconocido como válido por el Estado requerido. Asimismo, a propósito de la obligación internacional de colaborar, el respeto escrupuloso de los estándares internacionales de los derechos humanos pone en una situación jurídicamente compleja al Estado requerido para justificar su rechazo a cooperar internacionalmente.

En ese contexto:

- Se exponen algunas de las manifestaciones que esta problemática suscitó en los procesos internacionales de ejecución de sentencias (ver *infra* 3.3);
- Se presentan algunos conceptos de la ALM indispensables (ver *infra* Cuadro I) y se clarifica la naturaleza de la obligación de colaborar del Estado requerido en la CNUCC (ver *infra* 4.2);
- Se presentan elementos del enfoque de derechos fundamentales del TEDH (ver *infra* 5);
- Se discuten los conceptos anteriores sobre la base de un caso concreto (ver *infra* 7).

3 Entendiendo el problema

3.1 Contexto

Las exposiciones de motivos de la mayor parte de leyes sobre extinción de dominio en América Latina declaran que los objetivos de política criminal que inspiran la adopción de este tipo de leyes son la lucha contra las formas más incisivas de criminalidad económica organizada como la corrupción, el tráfico de drogas o el lavado de activos¹⁰⁹. Una característica de este tipo de delitos es su carácter transnacional. Es decir, su desarrollo y persecución se realiza en varios países – paralela o consecutivamente – por diferentes autoridades que aplican legislaciones distintas. La situación es análoga en lo que concierne al producto (*proceeds*) de estos delitos, que suelen estar situados en un Estado (o Estados) distinto(s) en los que se perpetró el delito.

Por lo anterior, los operadores de la extinción de dominio que persiguen activos ilícitos en el extranjero tienen la responsabilidad de encontrar una manera de cooperar internacionalmente, que contribuya tanto a sus investigaciones (por ejemplo, solicitar una incautación o el levantamiento del secreto bancario), como a la ejecución de decisiones que declaran la extinción de bienes situados en el extranjero.

Sin embargo, las experiencias recientes en esta materia identifican múltiples dificultades de diferente naturaleza y complejidad. Por lo general, las leyes de extinción de dominio no disponen de reglas precisas sobre cooperación judicial internacional que aporten soluciones a estas dificultades. En el estado actual de la cuestión, por tanto, las respuestas a varias de estas interrogantes se deben buscar en el derecho internacional y en las reglas y principios generales relativos a la cooperación internacional entre los Estados.

¹⁰ Parlamento Latinoamericano y Caribeño (2018). *Proyecto de ley modelo sobre extinción de dominio de Panamá*. Disponible en: <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2020/03/PLM-extincion-dominio.pdf>. Decreto Legislativo 1373 (2018), Ley de extinción de dominio de Perú, exposición de motivos.

De manera general, los problemas se pueden reagrupar bajo dos rúbricas: i) la determinación de la vía idónea para solicitar el auxilio del Estado requerido, y ii) otros incidentes que surgen durante la fase investigación y/o de ejecución de sentencias.

3.2 Determinación del mecanismo de cooperación

Aunque las leyes de extinción de dominio tienen fundamentos civiles o reales¹¹ y contemplan procedimientos autónomos *in rem*¹², no debería perderse de vista que también estamos frente a una herramienta de política criminal. Entonces, respecto de la cooperación internacional, surgiría la duda acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la extinción de dominio, es decir, si se trata de un mecanismo híbrido entre lo penal y lo civil, de una herramienta político criminal, o totalmente ajena a estas calificaciones, como lo sostiene determinada jurisprudencia¹³. La respuesta a esta interrogante es esencial, ya que determina la ruta para solicitar la asistencia internacional: en materia penal, en materia civil o administrativa, o incluso, a través de formas de cooperación accesoria¹⁴.

En sentido general, las características básicas de la extinción de dominio le atribuyen un propósito básico que parece corresponderse con los objetivos de la política criminal de un Estado. Ello, independiente de la denominación o categoría que se le otorgue a la ley en el derecho interno. Y respecto de la cooperación internacional, ello es así independiente de la denominación o categoría que tenga en el derecho interno. En efecto, el Estado requerido no está vinculado por la clasificación que el legislador extranjero le atribuye a la ley. Lo concluyente en materia de cooperación internacional es el contenido normativo de la ley extranjera y sus efectos en el derecho del Estado requerido. Es decir, el Estado que recibe una solicitud de cooperación internacional fundada en la extinción de dominio se deberá cuestionar sobre la naturaleza y dimensiones en las que interviene la ley extranjera, en particular en relación a los derechos fundamentales.

La extinción de dominio busca reprimir las finanzas de las organizaciones criminales y desincentivar la comisión de delitos penales¹⁵. En este sentido, se dirige contra activos de naturaleza ilícita; es decir, delictiva. Estas características, así como el hecho de que sean las autoridades penales las que dirigen la acción o que el derecho procesal penal se aplique supletoriamente, indican que la ALM en **materia penal** es el mecanismo de cooperación natural en los procesos internacionales de extinción de dominio. Por **materia penal** se debe entender, en particular, la cooperación internacional en procedimientos extranjeros penales o auxiliares que cumplen objetivos de política criminal¹⁶.

¹¹ DL 1373 (2018), art. 3.

¹² DL 1373 (2018), art. I, señala: El presente decreto legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas [...].

¹³ Corte Suprema de Justicia de la República (2019), 30 de noviembre de 2019, Casación 1408-2017, fundamento 18.

¹⁴ Se considera cooperación accesoria en algunos centros financieros internacionales, a las solicitudes de cooperación que tienen como origen un procedimiento distinto al penal; por ejemplo, una investigación parlamentaria sobre hechos relacionados a un proceso penal, pero desde una perspectiva política.

¹⁵ Cf., por ejemplo, DL 1373 (2018), Exposición de motivos.

¹⁶ Oficina Federal de Justicia de Suiza (Bundesamt für Justiz) (2009). *International Mutual Assistance in Criminal matters, Guidelines*, p. 9.

Cuadro I: Asistencia Legal Mutua

Elementos básicos

La ALM es una de las formas más comunes de cooperación judicial internacional en materia penal y se refiere principalmente los actos de investigación en un contexto internacional¹⁷. La ALM se desarrolla en el contexto de las relaciones entre Estados soberanos, y sus reglas pertenecen al derecho internacional público¹⁸. La finalidad de la ALM es la represión penal de delitos en un contexto transnacional, sus nociones subyacentes pertenecen al derecho penal y la ejecución de los actos de cooperación son atribuidos a autoridades penales¹⁹.

La ALM se efectúa en materia penal porque su propósito es garantizar la aplicación del derecho penal material en el espacio. Así se distingue de la cooperación en materia civil y de la cooperación en materia administrativa²⁰. La cooperación se realiza en materia penal (y no en procesos penales), noción que se interpreta de manera amplia y permite otorgar la ALM en decomisos sin condena y otros mecanismos contra el autor del delito, como medidas administrativas o civiles.

Base Legal

La ALM se rige tanto por derecho internacional – que gobierna las relaciones interestatales – como por el derecho interno (administrativo o procesal) de los Estados que define el ámbito, las condiciones y modalidades según las cuales el Estado requerido otorga la cooperación internacional²¹. De manera general, se establece la siguiente jerarquía de normas: i) los tratados bilaterales; ii) los tratados internacionales multilaterales (como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - CNUCC), y; iii) el derecho interno del Estado requerido y requirente.

Principios

- 1 **Principio de territorialidad:** Según este principio el Estado requerido aplica su propio derecho en la ejecución de solicitudes de ALM. Este derecho es la expresión de la soberanía del Estado requerido y recoge la compleja percepción que este tiene del sistema de protección de sus intereses nacionales.
- 2 **Doble incriminación:** El principio exige que la conducta que originó la investigación en el Estado requirente (que cursó la ALM) constituya un delito en la legislación del Estado requerido²². No es necesario que las leyes de un Estado incluyan el delito en la misma categoría o se le denomine con la misma terminología²³. Lo que es determinante es que tengan un contenido normativo equivalente.
- 3 **Principio de proporcionalidad:** Al igual que toda actuación estatal, la ALM está sujeta al principio de proporcionalidad²⁴. En general, las autoridades del Estado requerido deben evaluar según este principio si las medidas solicitadas son adecuadas, necesarias y proporcionadas. Para ser proporcional, la solicitud de ALM extranjera debe ser lo suficientemente precisa en lo que concierne a la identificación y localización de los activos

¹⁷ La otra forma de cooperación judicial internacional relevante para esta contribución es la ejecución internacional de sentencias o también denominada exequatur.

¹⁸ Zimmermann, R. (2019). *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 5th edition. Berna: Stämpfli, p. 798.

¹⁹ Hackner T. y C. Schierholt (2017). *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*. 3rd auflage. Berlin: C.H. Beck, p. 4.

²⁰ Popp, P. (2000). *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*. Bern: Stämpfli, p. 4. Se señala que los estados generalmente aplican una interpretación sumamente amplia del término materia penal. En Suiza 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.; Zimmermann, R. (2019). *La Coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 5th auflage. Berna: Stämpfli, p. 6.

²¹ Ahlbrecht, H. et al. (2015). *Internationales Strafrecht*. 2 auflage. Heidelberg : C.F. Muller, p. 483.

²² CNUCC (2003), art. 43.2.

²³ CNUCC (2003), art. 43.2 (in fine).

²⁴ Zimmermann, R. (2019). *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 5th Edition. Berna: Stämpfli, p. 790.

y debe contener una descripción del vínculo entre los activos y el delito investigado en un estándar de causa probable (causalidad)²⁵.

- 4 **Principio de especialidad:** En el contexto de la ALM, este principio busca garantizar que la información remitida por el Estado requerido no sea utilizada para propósitos distintos a los señalados en la solicitud de ALM.
- 5 **Principio de confianza:** Sobre la base del principio, las autoridades del Estado requirente pueden confiar en lo declarado por el Estado requirente en la solicitud de ALM. La ALM no contempla en principio la trasmisión de medios de prueba. Excepcionalmente, en caso de irregularidades manifiestas, las autoridades pueden solicitar precisiones puntuales.
- 6 **Principio de reciprocidad:** La reciprocidad es un principio general de la cooperación internacional. En virtud de este principio, al responder a una solicitud de ALM, el Estado requerido exige que en el futuro, el Estado requirente le proporcione ALM en idénticas circunstancias²⁶.

Límites

La ALM se encuentra fuertemente limitada por las normas de rango superior, particularmente por los tratados internacionales de protección de las libertades fundamentales²⁷. Por regla general, un Estado requerido no otorga ALM si existen razones fundadas para creer que en el procedimiento del Estado requirente se vulnera gravemente los derechos fundamentales estipulados en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto ONU II)²⁸ o el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH)²⁹. El Estado requerido puede solicitar garantías diplomáticas si sobrevienen cuestionamientos sobre esta materia, para garantizar que la persona afectada goce de un estándar mínimo de protección según su propia concepción y la aplicación de los instrumentos mencionados.

Otras limitaciones pueden surgir de la aplicación del derecho constitucional del Estado requerido. La ALM contempla en algunos Estados la incorporación de criterios más amplios como la protección del Estado de Derecho, la seguridad nacional, el orden público o los “intereses esenciales³⁰” del Estado requerido³¹. Estos conceptos se imponen al Estado requirente en razón del principio de soberanía del Estado requerido, y sus restricciones obedecen por lo general a una línea jurisprudencial o práctica determinada.

3.3 Incidencias problemáticas en la ALM

Además de la cuestión fundamental en relación a la determinación de la vía para cooperar, la casuística refiere algunas cuestiones procesales en el marco de la cooperación judicial internacional

²⁵ Brun, J.-P. et al. (2012). *Manual para la recuperación de activo: Una guía orientada a los profesionales*. Ediciones Gondo, p. 182.

Disponble en: https://star.worldbank.org/sites/default/files/manual_para_la_recuperacion_de_activos_0.pdf. Afirma que una de las razones más comunes para denegar la ALM es cuando se la califica como “operación de pesca” (o búsqueda indeterminada de medios de prueba) por las autoridades del Estado Requirente. Por ejemplo, cuando la solicitud de ALM que es imprecisa o va más allá del objeto de la investigación.

²⁶ GAFILAT (2015). *Guía de Cooperación Judicial Internacional en Recuperación de Activos Ilícitos*. Bogotá, p. 7. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Enero/UNODC_Guia_C.I.R.A._RRAG_2015.pdf. Bondar, M. (coordinadora) (2015). *Cooperación jurídica internacional en materia penal*. Buenos Aires: Dirección de asistencia jurídica internacional, p. 13.

²⁷ Keller, A. (2017). *Formelle Fallstricke und materielle Grenzen in der Rechtshilfe*. En Breitenmoser, S. & B. Ehrenzeller (Ed.), *Internationale Amts-und Rechtshilfe in Steuer-und Finanzmarktsachen*. Zurich: Dike Verlag Zürich, p. 91.

²⁸ El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>; Cassani, U. (2009). *La confiscation de l'argent des potentats: à qui incombe la preuve?* Geneve: La Semaine judiciaire, p. 5. Disponible en: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15967>

²⁹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

³⁰ En 1985, el Tribunal Federal y el Consejo Federal suizo, por ejemplo, declararon que la protección de la plaza financiera constituye un interés esencial, VPB 49.35 de 1985. Niggli M.A. y Göhlich. C. (2015). *Art. 1a IRSG*. En M.A. Niggli & S. Heimgartner (Ed.). *Internationales Strafrecht, Basler Kommentar*. Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag, p. 15.

³¹ Fiolka, G. (2015). *Art. 67 IRSG*. En: M.A. Niggli & S. Heimgartner (Ed.). *Internationales Strafrecht, Basler Kommentar*. Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag, p. 31.

en materia penal. Lejos de la exhaustividad, esta sección simplemente expone algunas de las incidencias de la extinción de dominio encontradas en la práctica reciente.

Lo que obstaculiza la cooperación aparentemente no son los principios de base que rigen los decomisos sin condena extranjeros *per se*, ya que un gran número de Estados ha codificado la posibilidad de recuperar activos ilícitos a través de mecanismos especiales, sino las incomprendiones que resultan de la aplicación de marcos jurídicos no armonizados y el carácter no vinculante de la obligación internacional de colaborar, según el derecho internacional, en materia de decomiso sin condena (ver *infra* 4.2).

Estas incidencias se pueden manifestar como mínimo en dos distintas categorías: las incidencias durante la fase de investigación y las dificultades asociadas al reconocimiento internacional de sentencias (*exequatur*). En este sentido, valga la referencia a algunas de ellas:

- **Identificación de activos:** la extinción de dominio debería estar integrada, siempre y en todos los casos, en el sistema contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (AML/LCFT). En vista que estas leyes buscan la recuperación de activos ilícitos que, por lo general, han sufrido actos de lavado, su incorporación en el sistema AML/LCFT parece lógica y necesaria (o por lo menos el desarrollo de mecanismos de coordinación). La colaboración con las unidades de inteligencia financiera (UIF) locales e internacionales para identificar activos ilícitos se encuentra, por tanto, comprometida.
- **Medidas internacionales de aseguramiento de activos:** el ámbito de la incautación (y las otras medidas para cautelar activos) en la extinción de dominio es compleja y requeriría una contribución independiente para su tratamiento. Dicho esto, la casuística reciente expone varias cuestiones relacionadas con la incautación en el contexto internacional: ¿es necesario recurrir a un juez nacional para incautar cuentas en el extranjero?, ¿cómo se garantizan los derechos de terceros en las incautaciones internacionales? Entre otras, estas son algunas de las dimensiones que han sido resueltas en casos recientes.
- **Utilización de la información recibida vía cooperación judicial internacional:** las investigaciones de extinción del derecho pueden requerir el uso de pruebas recibidas en un expediente penal (por ejemplo, documentos financieros o bancarios). En virtud del principio de especialidad (ver *supra* Cuadro I), la información recibida le “pertenece” a la investigación que la solicitó³². Por ende, toda utilización en otro proceso (como la extinción de dominio), necesitaría, en principio, la autorización de uso del Estado requerido³³. La práctica judicial internacional, sin embargo, ha desarrollado algunas excepciones a este principio que se han aplicado en casos recientes³⁴.

³² Popp, P. (2000), Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Bern: Stämpfli, p. 192, Zimmerman, R. (2014). La coopération judiciaire internationale en matière pénale. Bern: Stämpfli, p. 755.

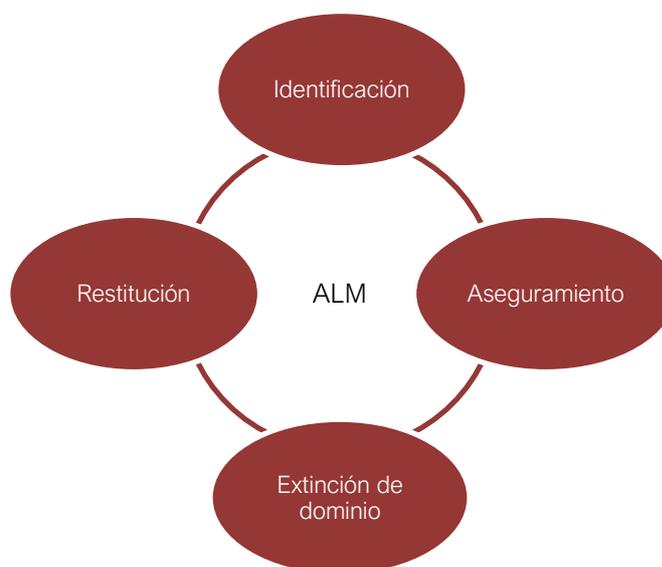
³³ Zimmerman, R. (2014). *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 4ème Edition. Berna: Stämpfli, p. 755.

³⁴ El caso Yuri Khzoyainov utilizó, en un procedimiento de decomiso sin condena, las pruebas bancarias recibidas en los procesos penales dirigidos contra Khozoyainov. La fiscalía peruana realizó una correcta interpretación del principio y de la noción de “misma investigación”, considerando a la extinción de dominio como una acción que investiga hechos intrínsecamente vinculados a los del proceso penal. Por tanto, no se trata strictu sensu y desde la perspectiva de este principio, de una investigación distinta. Véase, Solórzano, O. (2021). *Estudio*

- **Doble incriminación:** como se dijo *supra*, la cooperación judicial internacional en materia penal entre Estados se realiza en general en virtud de delitos reconocibles mutuamente. De hecho, algunos Estados requeridos no brindan ALM en materia penal si el delito sobre el que se fundamenta la solicitud de cooperación no existe como tal en su regulación normativa. En materia de cooperación internacional es imprescindible que los investigadores de la extinción de dominio identifiquen de manera suficiente (generalmente en un estándar de causa probable o verosimilitud) el comportamiento que origina los activos sujetos a extinción de dominio. En este sentido, algunos Estados solamente admiten ALM con fines de decomiso sobre activos (lavados en esa jurisdicción) provenientes de delitos graves (método del umbral de la pena³⁵). Y otros adoptan la noción de “actividad ilícita” para aplicar la extinción de dominio, con lo cual, se expande la noción tradicional del concepto de delito (infracción). Esta forma de entender o calificar al comportamiento que origina los activos sujetos a extinción de dominio resulta problemática a la luz del principio de doble incriminación y, por ende, en relación con la capacidad del Estado requerido para cooperar.

En lo que concierne al *exequatur* de sentencias de extinción de dominio, la cuestión esencial parece enfocarse en identificar su naturaleza analizando su contenido normativo a la luz de las disposiciones del Estado requerido. Esta contribución se concentrará principalmente en esta forma de cooperación internacional en relación a la ejecución de decisiones finales de extinción de dominio en el extranjero.

Fig. 1: ALM y extinción de dominio



de caso: *La Monja – Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*. Basel Institute on Governance, p. 16. Disponible en: <https://baselgovernance.org/publications/case-study-the-nun>.

³⁵ Por ejemplo, Suiza distingue entre delitos y crímenes en función del umbral de la pena. Solo los comportamientos pasibles de una pena superior a 3 años pueden ser susceptibles de ser crímenes precedentes al lavado de activos.

4 Conociendo la solución

Para llevar adelante eficientemente un proceso de cooperación internacional resulta útil conocer el marco jurídico del Estado requerido, en razón a que este ejercicio permite armonizar las prácticas e institutos jurídicos de por medio³⁶. Existen numerosas buenas prácticas en materia de ALM, destacando entre ellas las que promueven una articulación constante y colaborativa entre autoridades de ambos Estados³⁷. Sin embargo, por muy colaborativa que sea la interacción entre requirentes y requeridos, la cooperación internacional no se puede llevar a cabo si las prácticas o mecanismos extranjeros resultan incompatibles. Y aquí es preciso tomar en cuenta que la incompatibilidad es una cuestión formal. Es decir, desde el punto de vista jurídico, habría incompatibilidad si es que existe una regla o práctica en el procedimiento extranjero que vulnere el sistema jurídico del Estado requerido.

No obstante, además de jurídica, la cuestión puede ser política. Esto es, y como se decía *supra*, los argumentos para rechazar la cooperación pueden estar influenciados por consideraciones políticas muy diversas. Pero, dada la naturaleza de este análisis, estas últimas connotaciones no serán desarrolladas.

La extinción de dominio es una forma de decomiso sin condena originaria de América Latina. Como tal, esta ley no tiene un equivalente en Europa. Dicho esto, numerosos países europeos disponen de formas de decomiso sin condena que tienen las mismas características básicas que se asemejan a la extinción de dominio; particularmente en relación a sus fundamentos y objetivos. La coordinación entre autoridades de ambos Estados debería tener entre sus objetivos el análisis de estas características con miras a encontrar coincidencias que promuevan la ALM.

A nivel del marco regulatorio de la Unión Europea^{38,37}, la obligación de usar la ALM entre los Estados europeos sobre la base del decomiso sin condena ha sido regulada en las Convenciones del Consejo Europa desde el 2005³⁹. Estas disposiciones tratan de implementar en Europa un régimen

³⁶ La mayoría de los centros financieros importantes en Europa ponen a disposición de los Estados Requirentes guías de cooperación o directivas que ilustran con precisión las posibilidades que ofrece su derecho en materia de recuperación de activos vía la ALM. Ver, por ejemplo, las diversas Guías de Cooperación Judicial para autoridades de territorios fuera del Reino Unido. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/mla-guidelines-for-foreign-authorities-2012>.

³⁷ Solórzano, O. (2021). *Estudio de caso: La Monja – Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*. Basel Institute on Governance, p. 5.

³⁸ Entre algunas regulaciones pertinentes en Europa encontramos: i) La Directiva de la Unión europea de 2014, que solicita de los Estados Miembros de la Unión que se otorguen la más amplia ALM en materia de recuperación de activos; ii) La Decisión Marco del Consejo 2006/783/JHA, que introduce el principio de reconocimiento mutuos de decisiones de decomiso entre los Estados Miembro; iii) Las disposiciones relativas a la ALM de las convenciones de la ONU y del Consejo de Europa son aplicables y han sido transpuestas en la mayoría de Estados en Europa; iv) las leyes y convenios en materia de ALM aplicables en Europa, entre otras.

³⁹ Council of Europe (2005). *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*, art. 23(5): “The Parties shall cooperate to the widest extent possible under their domestic law with those

coherente en materia de ALM y de recuperación de activos⁴⁰. No obstante, los regímenes de decomisos sin condena no están completamente armonizados en Europa⁴¹. La mayoría de los Estados han adoptado estos mecanismos con características diversas en su ámbito de aplicación. Por ejemplo, los países del *common law* implementan mecanismos y conceptos análogos a los de la extinción de dominio. Y los países de tradición civil de Europa continental son más reticentes a ejecutar decisiones basadas en acciones de recuperación de activos totalmente *in rem*⁴².

4.1 Decomiso: ¿sanción o medida reparadora?

Los elementos materiales que se discuten en el derecho europeo resultan los mismos sea que se trate de un decomiso en el ámbito penal o sin condena. Lo que difiere profundamente, sin embargo, es en su tratamiento procesal y los estándares aplicables a cada acción⁴³.

La comprensión del funcionamiento de estas herramientas en el marco jurídico del Estado requerido (en este caso Suiza) es importante por al menos dos razones: i) permite identificar los límites dentro de los cuales se pueden ejecutar decisiones de extinción de dominio, y ii) permite identificar concomitancias para argumentar la conformidad de los sistemas jurídicos del Estado requerido y de requirente en lo que respecta al decomiso.

El concepto moderno de decomiso se introdujo en el contexto de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas⁴⁴. Desde entonces, esta herramienta jurídica existe en la mayoría de los Estados con diferentes características siendo su forma habitual el decomiso penal consecutivo a una condena. A pesar de esta incorporación inicial al ámbito punitivo, en la mayoría de los Estados de la Unión Europea, el decomiso se considera una medida reparadora que, en su forma más simple, busca suprimir un incremento injustificado⁴⁵. Es decir, limita sus efectos al restablecimiento jurídico de una situación errónea (*statu quo ex ante*). Los efectos punitivos, aunque presentes en algunos casos, no constituyen la regla⁴⁶.

Parties which request the execution of measures equivalent to confiscation leading to the deprivation of property, which are not criminal sanctions, in so far as such measures are ordered by a judicial authority of the requesting Party in relation to a criminal offence, provided that it has been established that the property constitutes proceeds or other property in the meaning of Article 5 of this Convention”.

⁴⁰ Line, B. (2020). *The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation*. Council of Europe, p. 31. Disponible en: <https://rm.coe.int/the-use-of-non-conviction-based-seizure-and-confiscation-2020/1680a0b9d3>.

⁴¹ Directiva 42/UE (2014), 5: “adoption of minimum rules will approximate the Member States’ freezing and confiscation regimes, thus facilitating mutual trust and effective cross-border cooperation”.

⁴² Uno de los casos contra un expresidente peruano expone el siguiente problema: Las autoridades peruanas solicitaron a Suiza la autorización de uso de números documentos bancarios (recibidos en un proceso penal) en los procesos de extinción de dominio. La autoridad requerida, respondió a las autoridades peruanas informando que los documentos podrán ser utilizados en los procesos de extinción de dominio cuando el proceso penal - aún pendiente - contra el expresidente peruano haya concluido. Este incidente procesal no está aún resuelto entre ambos Estados. Sin embargo, el problema jurídico del incidente evoca la relación jerárquica de este tipo de leyes con el proceso penal, en el contexto específico de la ALM y genera varias interrogantes sobre su supuesto carácter autónomo.

⁴³ Naciones Unidas (1988). *Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, art. 1.f. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf.

⁴⁴ Naciones Unidas (1988). *Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, art. 1.f. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf.

⁴⁵ TEDH (2007). Dassa Foundation y otros contra Liechtenstein. Appl. No. 696/05, p. 17

⁴⁶ TEDH (2015). Gogitidze and others v. Georgia. Appl. No. 36862/05, § 105.

En efecto, en los países europeos del *common law*, así como en un número creciente de países del derecho civil, el decomiso - *a fortiori* el decomiso sin condena - es considerado una medida de naturaleza civil. En su interpretación contemporánea europea, por tanto, el decomiso no es concebido por la doctrina y jurisprudencia como una sanción, justamente porque limita, en principio, su ámbito de aplicación a recuperar bienes que tienen origen en la comisión de delitos (*producta sceleris*), y a castigar esos mismos delitos.

Los elementos punitivos en las diferentes formas de decomiso sin condena se evidenciarían cuando este se dirige contra instrumentos (*instrumenta sceleris*). Es decir, activos cuya utilización criminal (pasada o futura) constituye el fundamento del efecto traslativo de la propiedad hacia Estado.

Sin embargo, a pesar de que en muchos casos los instrumentos son lícitos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha juzgado que se trata de medidas autorizadas del control de la propiedad, según el artículo 1 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH). Esta interpretación permite concluir que, incluso cuando afecta bienes lícitos instrumentalizados para cometer delitos, el decomiso sin condena no posee elementos punitivos preponderantes.

Cuadro II: El decomiso sin condena en la Jurisprudencia del TEDH Tribun

Dassa Foundation v. Liechtenstein, 10 de julio de 2007, Appl. No. 696/05

"El decomiso de bienes ordenado como resultado de un procedimiento civil *in rem*, sin que implique la determinación de una acusación penal, no tiene carácter punitivo sino preventivo y/o compensatorio y, por lo tanto, no puede dar lugar a la aplicación de la disposición en cuestión" [en referencia a la presunción de inocencia según el art. 6(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos].

Butler v. the UK, 27 de junio de 2002 Appl. No. 41661/98, 9

"[L]a orden de decomiso era una medida preventiva y no puede compararse con una sanción penal, ya que estaba destinada a retirar de la circulación un dinero que se presumía vinculado al comercio internacional de drogas ilícitas. De ello se desprende que el procedimiento que condujo a la adopción de la orden no implicó "la determinación [...] de una acusación penal".

Gogitidze y otros v. Georgia (2015), 12 de mayo de 2015, Appl. No. 36862/05, para. 105, 121

"El Tribunal de Justicia reitera su consolidada jurisprudencia en el sentido de que los procedimientos de decomiso, como el procedimiento civil de carácter real en el presente caso, que no se derivan de una condena penal ni de un procedimiento de sentencia y que, por tanto, no tienen carácter sancionador, sino que representan una medida de control del uso de los bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo N° 1 [Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)], no pueden equivaler a la "determinación de una imputación penal" en el sentido del artículo 6§1 del Convenio y deben examinarse con arreglo a la rúbrica "civil" de dicha disposición".

Así, este documento de trabajo se sustenta en la premisa anterior y sitúa al decomiso sin condena en su dimensión reparadora o compensatoria con el objetivo de desvincularlo conceptualmente de la sanción penal⁴⁷. La desvinculación del derecho penal, sin embargo, no puede ser absoluta.

Considerando que el decomiso se dirige contra activos de origen o destino criminal, su ámbito de acción se articula con los objetivos de política criminal: suprimir activos ilícitos. Por este motivo, el decomiso sin condena – en sus diversas manifestaciones – cumple un rol “auxiliar” en la represión del crimen y es, por tanto, distinto del proceso penal, pero en el contexto de la ALM, tiene las características de **una acción en “materia penal”**.

La determinación de lo anterior es importante porque: i) permite establecer que la ALM en materia penal es el mecanismo idóneo para cooperar en extinción de dominio, y ii) la determinación del carácter reparador del decomiso sin condena (que busca corregir una situación jurídica errónea *statu quo ex ante*) permite identificar los derechos humanos relevantes en esta materia (ver *infra* 5.2) con la finalidad de modular, según la óptica civil, las garantías procesales (debido proceso) aplicables a estos mecanismos.

Figura 2: fundamentos de las diferentes formas de recuperación de activos



⁴⁷ Esta afirmación no significa que no existan formas de decomisos eminentemente punitivos, sin embargo, por la complejidad de la temática no serán tratados en esta contribución (Decomisos extendidos, por valor equivalente, de activos contaminados, entre otros).

Multa
(responsabilidad
penal)

La figura 2 distingue conceptualmente al decomiso (sin condena) de las sanciones pecuniarias en virtud de su fundamento. Las diferentes categorías listadas, de carácter pecuniario, no son sin embargo consideradas acciones de recuperación de activos en todos los países.

4.2 Obligación de cooperar en la ALM

Dos elementos del derecho internacional resultan relevantes en el contexto de la ejecución internacional de decisiones fundadas sobre la extinción de dominio. En un caso de corrupción Transnacional, por ejemplo, la CNUCC puede servir de base legal para cooperar entre los Estados Parte. Son particularmente relevantes las disposiciones de los Capítulos IV (Cooperación judicial internacional) y V CNUCC (Disposición de activos).

Primero conviene señalar que la recuperación internacional de activos es una obligación jurídica vinculante en el derecho internacional⁴⁸. La fuerza vinculante de esta obligación convencional se modula, sin embargo, en función de las características de la acción extranjera que busca la recuperación de activos (penal⁴⁹, civil o administrativa).

Segundo, la CNUCC introduce el principio interpretativo de responsabilidad colectiva en lo que concierne a la recuperación internacional del producto de los delitos de corrupción. Esta obligación convencional general se menciona en varias disposiciones de la Convención y está expresamente inscrita en su Preámbulo. La importancia de este principio interpretativo radica en que permite definir algunas obligaciones concretas de los Estados requerido y requirente, implicados en un proceso internacional de recuperación de activos.

Este ítem postula la idea de que el Estado requerido debería otorgar ALM a una solicitud fundada en un decomiso sin condena extranjero cuando, según su naturaleza, se le atribuyan características no punitivas. Esta determinación se realiza *in concreto* cuando, por ejemplo, la acción extranjera busca recuperar activos ilícitos para “reparar” una situación antijurídica y no para sancionar al autor de un delito (causal de origen en la extinción de dominio⁵⁰).

⁴⁸ CNUCC (2003), art. 51.

⁴⁹ CNUCC (2003), art. 54(1), establece la obligatoriedad de brindar ALM en el contexto de un decomiso penal.

⁵⁰ Las causales de destinación instrumental de activos en la extinción de dominio están sujetas a condiciones de aplicación distintas y fuertemente influenciadas por el derecho del Estado Requerido en el contexto de la ALM.

4.2.1 Responsabilidad compartida

La Convención enuncia el principio de responsabilidad compartida (*shared responsibility*) en su Preámbulo⁵¹. Según este principio, la recuperación del producto de la corrupción incumbe tanto al Estado requirente como al requerido⁵². A través de este un principio interpretativo, la Convención reconoce que la lucha contra la corrupción política de alto nivel solo es posible en el marco de iniciativas internacionales concertadas que se basen en el compromiso auténtico de los Estados Parte.

Por lo anterior, la CNUCC introduce obligaciones específicas para los Estados Parte entre las que destacan la cooperación judicial internacional en materia penal (Capítulo IV) y la recuperación internacional de activos (Capítulo V)⁵³. A este respecto, el art. 51 CNUCC, que encabeza el capítulo sobre recuperación de activos, declara que la restitución internacional de activos es un principio fundamental de la Convención y que los Estados parte deben prestarse **“la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto”**⁵⁴.

La exégesis de estas y otras normas relacionadas con el proceso de recuperación de activos en la CNUCC es compleja. Lo que queda claro, sin embargo, es que estas reglas convencionales no fueron adoptadas para ser “letra muerta”. Existen compromisos concretos que los Estados Parte deben cumplir para permitir la cooperación **más amplia** y hacer efectiva la recuperación internacional de activos⁵⁵. El principio de responsabilidad compartida permite justamente apreciar las disposiciones de la Convención desde una perspectiva acorde con las obligaciones internacionales suscritas por el Estado que recibe una solicitud de ALM. El principio aboga para que los Estados vivan según el propósito que los convocó a negociar, firmar y ratificar un instrumento internacional.

4.2.2 Fuerza vinculante

La ALM fue diseñada como una herramienta procesal para perseguir comportamientos delictivos en un contexto internacional. La práctica judicial y el derecho convencional han extendido de manera vinculante la obligación de proporcionar ALM a los procesos internacionales de

⁵¹ La CNUCC (2003). Preámbulo: “Los Estados Parte en la presente Convención [t]eniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí [...] para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces [...]”.

⁵² CNUCC (2003). Preámbulo.

⁵³ Claman, D. (2008). *The promise and limitations of asset recovery*. In Pieth, M. *Recovery Stolen Assets*. Basel Institute on Governance. New York: Peter Lang, p. 336 (*in toto*).

⁵⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York: Naciones Unidas, p. 206. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_leg_islativa.pdf.

⁵⁵ Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2.g. Disponible en: https://www.oas.org/xxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

recuperación de activos ilícitos⁵⁶. No obstante, esta obligación convencional se circunscribe, por razones históricas, al decomiso obtenido a través de una condena penal⁵⁷.

Cabe precisar que las disposiciones que regulan el proceso de recuperación de activos en la Convención están compuestas por cláusulas vinculantes, *cuasi* vinculantes y recomendaciones cuya obligatoriedad se expresa a través del lenguaje que usa la disposición⁵⁸.

La arquitectura legal de la CNUCC en materia de ALM con fines de decomiso tiene la siguiente estructura básica:

- La ALM en materia de recuperación de activos es vinculante en virtud del **art. 46(1)(k) CNUCC** (Asistencia Legal Mutua), que exige de los Estados Parte la **más amplia cooperación**⁵⁹. La cooperación **más amplia** es requerida en particular respecto de los “otros” mecanismos de recuperación de activos⁶⁰ distintos al decomiso penal. El legislador convencional, como se evidencia en los Trabajos Preparatorios⁶¹, predijo que los procesos internacionales de recuperación de activos podrían llevarse a cabo sobre la base de decomisos no penales, lo que, en efecto, ha sido corroborado por la crónica judicial internacional⁶². Un informe sobre el estado de implementación del **art. 46 CNUCC** señala que la mayoría de Estados Parte han implementado esta obligación convencional⁶³.
- El **art. 55(1) CNUCC** (Cooperación internacional para fines de decomiso) señala, con lenguaje vinculante⁶⁴, que cuando un Estado Parte haya recibido una solicitud de otro para ejecutar un decomiso sobre bienes situados en su territorio brindará asistencia **en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno**⁶⁵. El Estado Requerido tiene dos posibilidades según el Capítulo V CNUCC: iniciar un procedimiento interno con miras a obtener un decomiso (art. 55(1)(a) CNUCC) o ejecutar el decomiso extranjero (art. 55(1)(b)

⁵⁶ CNUCC (2003), art. 46.3.k

⁵⁷ CNUCC (2003), art. 54(1)(c) a contrario sensu.

⁵⁸ CNUCC (2003), art. 8(6). La convención usa términos como: El Estado adoptará (vinculante), considerará adoptar (cuasi vinculante).

⁵⁹ CNUCC (2003), art. 46(2). “[...] 2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible con arreglo a las leyes, los tratados, los acuerdos y los arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales [...]”.

⁶⁰ Rose, C., et al. (2019). *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*. 1st Edition. United Kingdom: Oxford, p. 445

⁶¹ Naciones Unidas (2003). *Travaux Préparatoires*, A/58/422/Add.1, par. 57-61. Disponible en:

https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf.

⁶² En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), por ejemplo, solo 13% de las recuperaciones efectivas corresponden a decomisos penales mientras que los decomisos sin condena suman el 40%. El remanente de los activos son recuperados a partir de otros mecanismos como las restituciones, reparaciones civiles y acuerdos negociados (34%). Cf., Grey, L. et al. (2014). *Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington DC: World Bank, p. 27. Disponible en:

<https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/Hard%20Facts%20Stolen%20Asset%20Recovery.pdf>

⁶³ Rose, C., et al. (2019). *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*. 1st Edition. United Kingdom: Oxford, p. 446.

⁶⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa*, p. 204.

⁶⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa*, p. 224.

CNUCC)⁶⁶. El art. 55 CNUCC se refiere únicamente al decomiso del art. 31 CNUCC (embargo preventivo, incautación y decomiso), a saber, el decomiso penal⁶⁷. El estándar convencional, por consiguiente, se limita a exigir del Estado requerido la ejecución de un decomiso extranjero de naturaleza penal⁶⁸.

- La cooperación internacional en el contexto del decomiso sin condena depende de la discrecionalidad del Estado requerido. Este último, es invitado a “considerar la posibilidad” de reconocer los decomisos extranjeros que no impliquen una condena penal⁶⁹. El **art. 54(1)(c) CNUCC** señala literalmente que el Estado requerido “[c]onsiderará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en los que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”. La formulación del art. 54(1)(c) CNUCC sugiere que el modelo de decomiso sin condena, tomado en consideración en la CNUCC, depende de la imposibilidad de juzgar al autor de un delito. Esta característica expresa una naturaleza subsidiaria del proceso penal, diferente a los decomisos sin condena obtenidos en procesos autónomos *in rem*.

Cuadro III: Obligación de considerar la ALM en la ejecución internacional de decomisos sin condena según la CNUCC

Art. 54(1)(c) CNUCC y la evolución del estándar

El art. 54(1)(c) implica una obligación *cuasi* vinculante que refleja i) la falta de consenso durante la negociación de la Convención sobre esta materia; ii) la necesidad de incluir en la CNUCC una cláusula que permita al Estado requerido ejecutar vía ALM decomisos sin condena en ciertos escenarios. Desde su adopción en el 2003, la interpretación de esta cláusula ha seguido el curso de los desarrollos legislativos globales flexibilizándose para favorecer a la ALM (en aplicación de los principios generales) o rechazarla solo en limitadas y justificadas ocasiones.

Sobre lo anterior:

- Los Comentarios oficiales de la CNUCC señalan que el art. 54(1)(c) despliega efectos jurídicos⁷⁰. En efecto, la obligación de “consideración” hecha por la CNUCC al Estado requerido no es una simple invitación a pronunciarse. Por el contrario, el Estado requerido debe considerar de buena fe su ejecución en consonancia con su derecho interno y sus obligaciones internacionales.
- La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha confirmado en *Djibouti c. Francia* que el Estado requerido conserva la prerrogativa de denegar la ALM, sin embargo esta discrecionalidad debe ser ejercida solo en casos

⁶⁶ CNUCC (2003), art. 55(2). Disposiciones análogas se aplican a las medidas cautelares con fines de decomiso.

⁶⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa*, p. 198 ss.

⁶⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa*, p. 52.

⁶⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa*, p. 249.

⁷⁰ Rose, C., et al. (2019). *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*. 1st Edition. United Kingdom: Oxford, p.12.

excepcionales. El estándar internacional requiere que la ALM sea brindada **en la medida más amplia posible**, de buena fe y que la denegación intervenga en limitadas y justificadas ocasiones⁷¹.

- La “consideración” que el Estado requerido debe realizar implica generalmente un esfuerzo de reflexión y análisis de sus autoridades. En caso de denegar la ALM, Estado requerido debería exponer las razones fundadas que lo obligan a rechazar la cooperación mediante una decisión motivada⁷². Las decisiones motivadas sirven para demostrar a las partes que han sido escuchadas, contribuyendo así a que acepten de mejor grado la decisión. Además, obligan a las autoridades a fundar su razonamiento en argumentos objetivos. Una denegación general, sin una motivación clara, no parece ajustarse a los principios de la CNUCC.

5 Enfoque de derechos humanos

La discusión sobre la compatibilidad de las distintas formas de decomiso sin condena con los derechos humanos es un elemento central de la discusión sobre esta temática en Europa, tanto en el nivel de las Altas Cortes de los Estados de la Unión Europea (UE), como de la jurisprudencia del TEDH. El enfoque de derechos humanos es relevante tanto en el contexto de la ALM como en el de la valoración retrospectiva del impacto que el decomiso sin condena produce en los derechos humanos.

En el contexto específico de la ALM, el enfoque de derechos humanos limita la capacidad del Estado Requerido para cooperar cuando el mecanismo de recuperación de activos del Estado Requirente no cumple con el estándar mínimo de protección de las libertades fundamentales según la concepción del Estado Requerido (territorialidad de la ALM). Por otro lado, algunos Estados no brindan ALM a procedimientos extranjeros que persiguen comportamientos que no serían imputables en su propio territorio (doble incriminación). Estos Estados ven en esta restricción una manera de salvaguardar los derechos fundamentales de los afectados, evitando que se les persiga en su territorio por comportamientos que no son prohibidos en su derecho nacional.

El enfoque de derechos humanos practicado por el TEDH distingue entre los decomisos sin condena con características punitivas y aquellos a los que se les reconoce una naturaleza fundamentalmente correctiva o reparadora, o incluso preventiva (ver *supra* 4.1)⁷³. El art. 6 CEDH (Derecho a un proceso

⁷¹ ICJ (2006), 9 de enero 2006, Djibouti v. France. *Judgment, I.C.J. Reports*, p. 177.

⁷² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Nueva York: Naciones Unidas, p. 70. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf.

⁷³ Cf. Panzavolta M./ Flor R. (2015). *A Necessary Evil? “The Italian-Non-Criminal System” of Asset Forfeiture*, in: Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 250 ss.

equitativo) posee **dos rúbricas** que aplican estándares judiciales diferentes según el procedimiento sea civil o penal (ver *supra* 4.1).

La jurisprudencia del TEDH considera que los decomisos sin condena tienen las características de los **litigios civiles**⁷⁴. Esta calificación permite aplicar estándares civiles sin afectar los derechos fundamentales de los justiciables (por ejemplo, la aplicación de un estándar de prueba civil o la inaplicabilidad de la presunción de inocencia). La cuestión sobre si estos mecanismos pueden ser autónomos (*in rem*) resulta menos relevante en materia de derechos humanos siempre que su mecanismo procesal respete exhaustivamente las garantías mínimas. No se puede negar, sin embargo, que la incorporación de mecanismos autónomos completamente *in rem* sigue siendo controvertida en los países de tradición civil de Europa⁷⁵.

Cuadro IV: El TEDH y el decomiso sin condena

El TEDH ha sostenido que las acciones de decomiso sin condena no son punitivas, por lo que la aplicación de reglas civiles cumple con los estándares de derechos humanos en virtud del CEDH. En particular, cabe destacar las siguientes declaraciones del Tribunal⁷⁶:

“El Tribunal observa que puede decirse que existen estándares legales europeos e incluso universales, que favorecen el decomiso de bienes vinculados a delitos graves como la corrupción, el lavado de activos, los delitos de drogas, etc., sin la existencia previa de una condena penal”.

“El Tribunal de Justicia reitera su consolidada jurisprudencia en el sentido de que los procedimientos de decomiso, como el procedimiento civil en el presente caso, no se derivan de una condena penal ni de un procedimiento de sentencia y que, por tanto, no tienen la consideración de sanción, sino que representan una medida de control del uso de los bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo n.º 1 [Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)], no pueden equivaler a la “determinación de una acusación penal” en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio y deben examinarse en el marco de la rúbrica “civil” de dicha disposición”.

El enfoque de derechos humanos propone un **criterio legal común** para cooperar internacionalmente en materia de decomiso sin condena (aunque, como se ha mencionado, los criterios legales no son los únicos relevantes en materia de ALM). La determinación de los derechos humanos aplicables permite identificar un lenguaje común reconocible por la mayoría los Estados de la comunidad internacional. Los derechos humanos son en esta interpretación el límite inferior e irreductible que todo proceso, incluyendo a los decomisos con o sin condena, debe respetar.

⁷⁴ CEDH (2010), art. 6(1)(2).

⁷⁵ Boucht, J. (2017). *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. 1st Edition. USA: Hart Publishing, p. 69; De Busser, E. (2015), *Confiscation and Data Protection – The Bare Necessities*, in: Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 200 ss.

⁷⁶ TEDH (2015). *Gogitidze y otros c. Georgia*, § 105 y 121.

La jurisprudencia del TEDH valora a los distintos modelos de decomisos sin condena de manera retrospectiva (*ex post*) y, conforme a lo antes referido, en el contexto restringido de un caso concreto. No obstante ello, las decisiones de los jueces de Estrasburgo permiten identificar claramente los derechos fundamentales en juego, y los principales elementos de la discusión actual sobre esta materia en el panorama jurídico Europeo.

5.1 Propiedad

La propiedad es un derecho fundamental de rango constitucional en la mayoría de Estados y es objeto de protección en los instrumentos internacionales. No obstante, este derecho no es absoluto⁷⁷. Desde finales de los años 70, esta cuestión ha ocupado al TEDH cuya jurisprudencia considera que las leyes de decomiso aplican limitaciones tolerables al uso de la propiedad en el sentido del apartado 2 del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁷⁸. La limitación de la propiedad requiere la adopción de una base legal, y como toda actividad estatal, está sujeta al principio de proporcionalidad, así como a la realización de las otras condiciones legales. En particular, la existencia del criterio de utilidad pública o salvaguarda de los “intereses nacionales”⁷⁹. Según el TEDH, los Estados juzgan libremente la necesidad y los límites que deben imponerse al derecho de propiedad. El TEDH se limita a examinar la legalidad del objetivo perseguido⁸⁰ en dichas restricciones, con relación a los derechos humanos⁸¹.

La extinción de dominio hace una interpretación distinta de los fundamentos de afectación del derecho de propiedad. En primer lugar, considera que la propiedad de los bienes que están en relación causal con el delito (productos directos o indirectos) tiene un vicio *ab initio* producido por la actividad ilícita. Los componentes esenciales del derecho de propiedad no llegan a consolidarse, ya que una actividad ilícita no constituye un título válido o legítimo de adquisición.

⁷⁷ Mataga, Z., Longar, M., Vilfan, A., Grgic, A., (2007). *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*. Council of Europe. Disponible en: <https://rm.coe.int/168007ff55>. Véase también CIDH (2008), 6 de mayo de 2008, Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador. Expediente no. 179, § 61.

⁷⁸ El art. 1 del Convenio señala: "Protección de la propiedad, toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes. Nadie podrá ser privado de sus bienes sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.

Sin embargo, las disposiciones precedentes no menoscabarán en modo alguno el derecho de un Estado a aplicar las leyes que considere necesarias para controlar el uso de la propiedad de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o sanciones". Véase también, TEDH (2002), 27 de junio de 2002, Butler c. Reino Unido, p. 12.

⁷⁹ TEDH (1976), 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido, § 62.

⁸⁰ TEDH (1994), 22 de febrero de 1994, Raimondo c. Italia, § 30. En este caso, se consideró que la lucha contra el crimen organizado en Italia era un objetivo suficiente para justificar el decomiso preventivo en virtud de la ley italiana de decomiso.

⁸¹ TEDH (2001), 5 de julio de 2001, Philips c. Reino Unido, § 52. El caso ofreció al TEDH la oportunidad de afirmar que los enfoques de decomisos de gran alcance previstos en la legislación británica establecían una regulación del uso de los bienes proporcional a las exigencias de la lucha contra la "lacra del tráfico de drogas".

Por otro lado, sobre la base de un fundamento ético-social, la extinción de dominio considera que el pleno reconocimiento del derecho de propiedad está sujeto al ejercicio de una función social o comunitaria de este derecho⁸². En aplicación de este criterio, la jurisprudencia de varios juzgados especializados en extinción de dominio ha corroborado el carácter obligatorio del uso social del derecho de propiedad⁸³. Esta interpretación tiene como corolario que la propiedad de bienes lícitos utilizados o destinados a actividades delictivas (instrumentos del delito) puede ser objeto de la acción de extinción de dominio. Este fundamento de afectación de la extinción de dominio tiene una naturaleza preventiva (administrativa o policial). Su procedimiento, por tanto, no requiere la aplicación de garantías judiciales diseñadas para de los procesos penales en lo que concierne a los derechos humanos.

En conclusión, la extinción de dominio impone límites al uso de la propiedad de origen o de destinación ilícita. Los modelos que usa la extinción de dominio para esta afectación son comunes en varias legislaciones en Europa, y las limitaciones del derecho de propiedad se consideran tolerables y justificadas, ya que emanan de motivos de política criminal que han sido considerados legítimos por el TEDH en otros contextos, por ejemplo, la lucha contra la progresiva criminalidad económica internacional en todas sus formas perniciosas.

5.2 Juicio justo

La noción de juicio justo en materia de decomiso sin condena es sin duda alguna el elemento central de la discusión en Europa. Esta noción está compuesta por un conjunto de elementos jurídicos de diversa índole cuya interpretación es autónoma⁸⁴. Es decir, no se limita a la interpretación que realizan los Estados Parte (doctrina de la anti subversión).

Las Convenciones de protección de los derechos humanos en Europa (art. 6 CEDH)⁸⁵ y en América Latina (Art. 8 CIDH)⁸⁶ aseguran el acceso a un juicio justo de manera similar. Cabe señalar que estas últimas aplican una distinción de principio entre las garantías aplicables a los juicios civiles (litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil) y aquellas que corresponden a los juicios penales

⁸² Constitución Política del Perú (1993), art. 70, prescribe: "[E]l derecho de propiedad es inviolable. Es garantizado por el Estado. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley [...]".

⁸³ Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio (2020), 27 de noviembre de 2020, Exp. no. 159-2019-0-5401, Parte considerativa, Primero. (Caso Moshe Rothschild)

⁸⁴ El Consejo de Europa ha publicado guías detalladas para la interpretación de estos diferentes elementos. Véase: Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb). Disponible en: <https://rm.coe.int/1680700aaf>.

⁸⁵ CEDH (2010), art. 6. (Derecho a un proceso equitativo): "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]".

⁸⁶ CIDH (1969), art. 8 (Garantías Judiciales): "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]".

(acusaciones en materia penal). No obstante, se discuten a continuación algunos elementos que han sido precisados por el TEDH en relación al decomiso sin condena, su procedimiento y su impacto en los derechos humanos.

5.2.1 Litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil

El TEDH ha estimado que los decomisos sin condena adquieren una naturaleza civil cuando, entre otros aspectos, se limitan al restablecimiento de una situación jurídica anterior a la comisión de la actividad ilícita (*statu quo ex ante*). Este criterio es, en efecto, análogo al criterio utilizado para suprimir el enriquecimiento injustificado en el derecho civil, lo que brinda un indicio objetivo del carácter civil del decomiso sin condena. Otros elementos como la utilización (o no) del criterio de culpabilidad del autor de la actividad ilícita o el propósito de la ley son usualmente utilizados por el TEDH para decidir sobre este asunto, y descartar la naturaleza civil del proceso.

Por su naturaleza eminentemente civil, las garantías procesales diseñadas para las acusaciones penales resultan inoperantes en el decomiso sin condena. En particular, el principio de presunción de inocencia, y su corolario el *in dubio pro reo*. La apreciación de la naturaleza de la acción es, por este motivo, un elemento clave del análisis retrospectivo del decomiso sin condena que realiza el TEDH.

El principio clave que rige la aplicación del artículo 6 de la CEDH es la noción de juicio justo (*fair trial*)⁸⁷. Sin embargo, lo que constituye un juicio justo no puede ser objeto de una única norma invariable, sino que depende de las circunstancias de un caso concreto⁸⁸. Además, los requisitos de un juicio justo según el sistema de la CEDH son más estrictos en el ámbito los procesos penales que en los juicios civiles⁸⁹. A través de su jurisprudencia, el TEDH ha definido los derechos fundamentales y las garantías judiciales que se aplican al decomiso sin condena, precisando su alcance e interpretación.

Primero, se debe señalar que los decomisos sin condena tienen características civiles, pero no son litigios civiles clásicos. Por el contrario, oponen a las autoridades estatales a los particulares en procesos que afectan derechos fundamentales. Por este motivo, el sistema de protección de las garantías judiciales debe ser precisado clara y exhaustivamente en la ley.

Segundo, existen garantías procesales que son objeto de controversia y no han sido completa y exhaustivamente abordadas por la jurisprudencia del TEDH en relación al decomiso sin condena. Por ejemplo, la interdicción de auto incriminación (*nemo tenetur ipso jure*)⁹⁰ o la prohibición de doble

⁸⁷ TEDH (2012), 10 de julio 2012, Gregačević c. Croacia, § 49.

⁸⁸ TEDH (2016), 13 de noviembre 2016, Ibrahim y otros c. Reino Unido [GC], § 250.

⁸⁹ TEDH (2017), 11 de julio 2017, Moreira Ferreira c. Portugal (nº 2) [CG], § 67.

⁹⁰ Cf. Esser, R. (2017), *A Civil Recovery Model – The German Perspective*, in: Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 82 s.

persecución (*ne bis in ídem*)⁹¹. Estos derechos procesales particulares no son parte de este breve análisis.

Con todo, la determinación del contenido material del art. 6 de la CEDH en el contexto del decomiso sin condena es compleja y requiere del análisis de múltiples factores⁹². El contenido mínimo de esta protección, sin embargo, se articula alrededor de la noción del derecho a “ser escuchado” (*the right to be heard; le droit d’être entendu*). Los decomisos sin condena deben garantizar a la persona afectada objetivamente la posibilidad de defender su derecho de propiedad en un proceso justo, celeridad y ante un tribunal independiente e imparcial. El derecho a ser escuchado le garantiza a la persona afectada el acceso a una defensa técnica, el derecho a examinar el expediente, a aportar pruebas, a una sentencia motivada y a recurrir contra la sentencia que ordena el decomiso (sin condena) de los bienes⁹³.

Por su parte, la extinción de dominio es una medida reparadora más que una pena o un castigo⁹⁴. Sin embargo, los mecanismos procesales que utiliza no son exactamente los del proceso civil: este resuelve conflictos entre particulares, a diferencia del proceso de extinción de dominio que tiene al Estado como parte al proceso. Para reestablecer el equilibrio que produce esta asimetría de poder entre las partes procesales, en la mayoría de las leyes de extinción de dominio, la persona afectada es puesta en una posición efectiva que le permite gozar de todos los derechos procesales esenciales del **juicio justo**. Dependiendo de los modelos, estos incluyen el derecho a un juez imparcial y a una defensa de sus intereses, el derecho a examinar el expediente, el derecho a ser escuchado y aportar pruebas, y el derecho a una decisión judicial motivada y legalmente fundamentada. Al mismo tiempo, el sistema especializado en extinción de dominio establece un sistema judicial de al menos dos instancias para garantizar el cumplimiento del derecho a obtener una revisión judicial de la decisión.

La interpretación de estos derechos es esencial para buscar la ALM. El Estado requirente debe por tanto prestar especial consideración a su contenido e implementar los procedimientos y prácticas que sea necesarias para garantizar su estricto cumplimiento.

5.2.2 La doctrina antisubversiva

⁹¹ Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 250 ss.

⁹² CEDH (1950), *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, art. 6.1 sobre el derecho a un proceso equitativo impone el derecho a una audiencia justa y pública en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, véase el art. 6(1) CEDH que se aplica a los procedimientos de decomiso independientemente de que se consideren civiles o penales, véase: TEDH (1994), 22 de febrero de 1994, Raimondo c. Italy § 43; TEDH (1995), 5 de mayo de 1995, Air Canada c. Reino Unido, § 56.

⁹³ Ludwiczak, M. (2015). *A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier*. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Geneve: Revue pénale suisse: RPS = Rivista penale svizzera, vol. 133, p. 302.

⁹⁴ DL 1373 (2018), Preámbulo.

Para determinar la naturaleza del decomiso sin condena el TEDH utiliza la denominada “cláusula antisubversiva”⁹⁵ expresada en los criterios Engels⁹⁶. Esta jurisprudencia del TEDH delimitó con criterios puntuales el ámbito de las medidas disciplinarias y el de las sanciones penales. Actualmente los criterios Engels son utilizados por el TEDH para responder a la interrogante de si el decomiso sin condena es una sanción penal camuflada en una ley autodenominada civil.

Cuadro V: Fundamento de la doctrina anti subversión

Los criterios “Engels”

El TEDH estableció, en el caso Engels y otros c. los Países Bajos, la noción de acusación en materia penal de manera **autónoma**⁹⁷, para proteger la letra y el espíritu de las deposiciones de la CEDH. Los Estados Parte no son, por tanto, libres de “descriminalizar” los diferentes procedimientos a su total discrecionalidad⁹⁸.

Según esta jurisprudencia, la determinación de si estamos o no frente a una acusación penal se realiza sobre la base de tres (3) criterios⁹⁹:

- La clasificación de la ley en el derecho del Estado Parte;
- La naturaleza del delito;
- La severidad de la pena.

El primer criterio tiene un peso relativo y solo sirve como punto de partida. Si el derecho interno califica la medida como penal, esto será decisivo. De lo contrario, el TEDH examina la **realidad sustantiva** del procedimiento en cuestión¹⁰⁰. Es decir, los efectos concretos que la ley tiene en los derechos fundamentales.

El segundo criterio es el más importante. Para su determinación, el TEDH toma particularmente en consideración:

- Si la norma jurídica tiene una finalidad punitiva o disuasoria;
- Si la norma jurídica pretende proteger los intereses generales de la sociedad habitualmente protegidos por el derecho penal;
- Si la imposición de cualquier pena depende de la declaración de culpabilidad;
- Cómo se clasifican los procedimientos comparables en otros Estados.

⁹⁵ Si los Estados contratantes pudieran calificar discrecionalmente una infracción como disciplinaria en lugar de penal, o perseguir al autor de una infracción “mixta” en el plano disciplinario y no en el penal, la aplicación de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 [CEDH] quedaría subordinada a su voluntad soberana. Una latitud que se extendiera tanto podría conducir a resultados incompatibles con la finalidad y el objeto del Convenio. Por lo tanto, el Tribunal es competente, en virtud del artículo 6, para cerciorarse de que la disciplina no invade indebidamente la esfera penal”. TEDH (2020), 22 de diciembre 2020, Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia, §76.

⁹⁶ Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot, p. 256 s.

⁹⁷ TEDH (2020), 22 de diciembre 2020, Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia, § 76.

⁹⁸ TEDH (1984), 23 de octubre 1984, Ozturk v. Germany, § 49.

⁹⁹ TEDH (1976), 7 de diciembre de 1976, Engel and Others v. the Netherlands, § 82-83.

¹⁰⁰ TEDH (2020), 22 de diciembre 2020, Gest ur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia, § 85 y 77-78.

El tercer criterio se determina en función del máximo potencial de la pena prevista en la ley. En materia de decomiso sin condena, la “descriminalización” del pago de una suma de dinero (GBP 60), y su paso al ámbito del derecho administrativo, en razón de su poca valía, fue considerado por el TEDH como una vulneración de la CEDH ya que la acción tenía características punitivas independientemente de su poco valor.

6 Caso de estudio: el traficante de armas ruso

Desde el 2013, el Perú inició una serie de procesos internacionales con Suiza y Luxemburgo para recuperar cuentas incautadas en ambos países. La base de los procesos de recuperación fueron sentencias finales de pérdida de dominio, una forma de decomiso sin condena que entró en vigencia en el Perú en 2012.

El caso “El traficante de armas ruso” se refiere a la ejecución en Suiza de una decisión peruana dirigida contra una cuenta bancaria suiza abierta a finales de los años 90 (la cuenta Picture). Esta decisión emblemática - la primera de una serie de decisiones que se ejecutaron en Suiza - le permitió al Perú recuperar el producto de los actos de corrupción perpetrados en la adquisición de aviones de guerra durante el régimen del expresidente Alberto Fujimori.

La crónica del caso que se presenta a continuación expone una de las primeras interacciones concretas de la extinción de dominio con el derecho europeo.

6.1 Consideraciones iniciales

En la época en que iniciaron los procesos en el Perú (2014/2015), Suiza y Luxemburgo no evidenciaban casos de ejecución de decomisos sin condena extranjeros. En todo caso no era una práctica habitual. Suiza había ejecutado previamente una sentencia de decomiso civil estadounidense (*civil asset forfeiture*) que no requiere condena¹⁰¹. Más adelante, en el 2015, Luxemburgo ejecutaría una decisión de decomiso sin condena proveniente del Reino Unido¹⁰².

En su condición de centro financiero internacional, Suiza cuenta con un marco regulatorio innovador en materia de recuperación de activos que ofrece diferentes posibilidades para ejecutar decomisos extranjeros a través de la ALM¹⁰³. Por otro lado, dispone en su legislación procesal una forma de decomiso sin condena en situaciones análogas a aquellas que investigaron los casos peruanos¹⁰⁴.

¹⁰¹ FTR 132 II 178 (Decisión del ejecutivo de un decomiso sin condena [civil forfeiture] de los Estados Unidos en Suiza).

¹⁰² Tribunal de Distrito de Luxemburgo (2015), 30 de abril de 2015, Decisión 1310/2015. (Casa Azam, decisión del ejecutivo de un decomiso sin condena del Reino Unido en Luxemburgo).

¹⁰³ FTR 132 II 178, p. 178, 187.

¹⁰⁴ Código Procesal Penal suizo (1937), art. 376 s.

Respecto de la base legal, el Perú y Suiza están vinculados por un Tratado de Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal desde 1997¹⁰⁵. Además, Perú y Suiza son signatarios de la CNUCC.

6.2 Personajes

- Alberto Fujimori: Presidente del Perú, 1990-2000;
- Vladimiro Montesinos: Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional de Perú durante el mandato de Fujimori;
- Yuri Khozyainov: ex vicedirector de la empresa estatal rusa de venta de armas Rosvooruzhenie.

6.3 Historia

En la década de los 90, el régimen dirigido por el ex Presidente Alberto Fujimori y su ex asesor Vladimiro Montesinos erigió en sistema una red de corrupción que manejó casi sin control los recursos del erario nacional¹⁰⁶. En la medida que el grupo mostró cohesión y estabilidad, se consolidó en una asociación delictiva cuyos integrantes fueron los más importantes funcionarios de la Nación quienes actuaron en forma concertada con altos mandos de las Fuerzas Armadas y los grupos de poder económico a los cuales favorecían materialmente, aprovechando su influencia y poder de decisión en los asuntos del Estado¹⁰⁷.

La defraudación al Estado se realizó a través de varios rubros donde resalta la contratación pública. Los esquemas colusorios se ejecutaron mediante un sistema jerárquico establecido y grupos criminales que fueron dirigidos por Vladimiro Montesinos e integrados por funcionarios en puestos clave de la Comandancia General del Ejército. Estos fueron, entre otros, Nicolás de Bari Hermosa Ríos, Cesar Saucedo Sánchez, José Villanueva Ruesta, Carlos Eduardo Indacochea Bollón, quienes dispusieron directa e ilegalmente de los fondos públicos de sus instituciones¹⁰⁸.

En ese contexto, Fujimori y Montesinos crearon un esquema de corrupción para defraudar al Perú en los procesos de adquisición de aviones de guerra y material militar en vista del conflicto armado con el Ecuador. Las instituciones relevantes encargadas de los procesos públicos de licitación fueron capturadas por la red de corrupción antes señalada, lo que resultó en enormes pérdidas para el Perú, ya que su objetivo principal era el enriquecimiento personal de Fujimori, Montesinos y su

¹⁰⁵ Decreto Supremo 025-97-RE, ratifica el Tratado de Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República del Perú y la Confederación Suiza, suscrito en Lima el 21 de abril de 1997.

¹⁰⁶ Segunda Sala Penal Especial (2004), 30 de marzo de 2007, Exp. 39-2004, p. 20-21

¹⁰⁷ Congreso de la República del Perú (2002). *Informe Final de la Comisión Investigadora sobre los delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001*. Lima, p. 9. Disponible en <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/cidef/oscuga/informecideffinal.pdf>.

¹⁰⁸ Sala Penal Permanente (2010), 01 de marzo de 2011, Recurso de Nulidad 42-2010, p. 1-2.

entorno. Se estima que esta organización criminal sustrajo mediante estos esquemas varios miles de millones de dólares en activos públicos¹⁰⁹.

6.4 Hechos

En 1998, Montesinos y Fujimori “orquestaron”, entre otros contratos, la compra de tres (3) aviones militares MIG-29 SE. Los fondos se hicieron disponibles a través de decretos de urgencia que fueron adoptados bajo la discrecionalidad y el secretismo del que gozaba Fujimori en el contexto del conflicto armado con el Ecuador¹¹⁰. El vendedor de los MIG-29 SE fue la empresa estatal rusa “Rosvooruzhenie”¹¹¹, cuyo vicedirector fue un ciudadano ruso llamado Yuri Khozyainov. Montesinos y sus aliados recibieron comisiones ilícitas por más de 16 millones de dólares en relación a esta sola contratación.

Los procesos penales contra Yuri Khozyainov fueron infructuosos en el Perú. Los procesos de ALM con Rusia, por su parte, fueron rechazados de manera sistemática, y la posibilidad de extraditar a Yuri Khozyainov al Perú para ser juzgado no fue posible. Por este motivo, y porque los juicios en ausencia no están permitidos en el derecho peruano, el caso de Yuri Khozyainov y de su cuenta suiza (Picture) quedó “reservado” en el Perú durante la primera década de este siglo.

Las comisiones ilícitas que se pagaron para la adquisición de los tres (3) aviones militares MIG-29 se ingresaron inicialmente a dos (2) cuentas bancarias suizas, en el First International Bank de Israel y en el banco Leumi Bank de Zúrich¹¹². Ambas cuentas fueron controladas por Montesinos y formaron parte de una compleja red de al menos treinta y dos (32) cuentas y vehículos *offshore*, utilizados en los distintos esquemas de corrupción de la organización criminal. Desde estas dos cuentas principales en la plaza financiera suiza se repartieron algunas comisiones ilícitas a los otros coconspiradores en varios países de Europa y América.

Este esquema, así como los posteriores actos de lavado de activos, fueron detectados por las autoridades suizas quienes iniciaron procedimientos de ALM con varios Estados a través de la ALM. Posteriormente estos hechos fueron investigados en varias jurisdicciones, como Panamá, los Estados Unidos, Perú, Suiza y Luxemburgo¹¹³.

¹⁰⁹ Quiroz, A. (2005). *Costos históricos de la corrupción en el Perú republicano*. En: Portocarrero, F. (Ed.). *El Pacto infame: Estudios sobre la Corrupción en el Perú*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, p. 75 y ss. En su artículo, el autor calcula que el Perú perdió más de USD 14 000 millones durante el régimen de Fujimori.

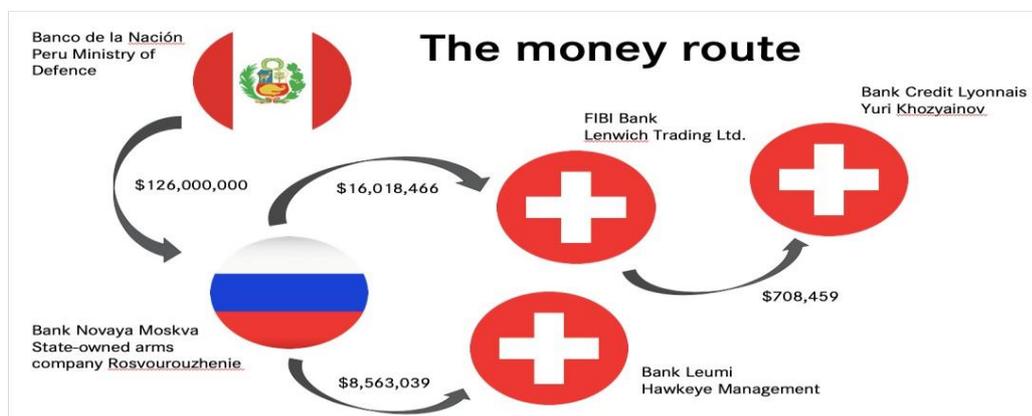
¹¹⁰ Decreto de Urgencia 32-98 de 14 de julio de 1998, emitido para la constitución del Stand by letter of credit que avalaba la adquisición de repuestos por el monto de USD 126 293.00.

¹¹¹ A mediados del año 2000, la empresa se fusionó con Promexport que también suministraba de armas rusas al mercado mundial, denominándose actualmente Rosoboronexport, véase: <http://roe.ru/eng/press-service/press-releases/rosoboronexport-20-years-on-global-arms-market/>.

¹¹² Tribunal Supremo Federal de Suiza, Decisión 129 II 462, § A.; Solorzano, O. (2018). *La recuperación de activos de la corrupción en Perú*. En: Almagro et al. (Ed.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 322.

¹¹³ Los negocios ilegales de Montesinos fueron expuestos en septiembre de 2000, cuando se presentó un vídeo en la televisión

Figura 3: Representación del flujo de dinero en el caso



Más tarde se reveló que Yuri Khozyainov estaba profundamente implicado en la trama de corrupción y lavado de activos orquestada por Montesinos y Fujimori¹¹⁴. También se constató que las comisiones ilícitas, transferidas a las cuentas de Montesinos en Suiza como parte de la adquisición de los aviones, fueron distribuidas a diferentes beneficiarios entre los que figuraron, funcionarios y ex militares peruanos de alto rango. Además, los propios intermediarios de las empresas vendedoras de armas también recibieron ilícitas comisiones. Es el caso del vicedirector de la empresa estatal rusa, siendo que el análisis de los hechos rotulado como “el traficante de armas ruso” se refiere precisamente a ese personaje llamado Yuri Khozyainov.

La cuenta de Yuri Khozyainov fue detectada y comunicada por el banco Credit Lyonnais a la Unidad de Inteligencia Financiera Suiza (MROS¹¹⁵). Esta cuenta fue incautada en el marco de una investigación por lavado de activos en Suiza¹¹⁶. Las investigaciones en esa época pudieron detectar que al menos USD 780,000.00 fueron transferidos a la cuenta bancaria suiza en el banco Credit Lyonnais, de la que fueron titulares Yuri Khozyainov y su esposa¹¹⁷.

peruana en el que se le veía sobornando a un miembro del Congreso. Montesinos fue expulsado de todas sus funciones oficiales y huyó del Perú. Sin embargo, poco después, en 2001, fue detenido en Venezuela y extraditado a Perú, donde fue juzgado y condenado por varios delitos

¹¹⁴ Diario El Comercio, 14 de marzo de 2017, Repatriarán US\$ 1 millón desde Suiza de testaferro de Montesinos. Disponible en: <https://elcomercio.pe/politica/justicia/repatriaran-us-1-millon-suiza-testaferro-montesinos-403100>.

¹¹⁵ Money Laundering Reporting Office Switzerland.

¹¹⁶ Solorzano, O. (2018). *La recuperación de activos de la corrupción en Perú*. En: Almagro et al. (Ed.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 323.

¹¹⁷ Diario El Comercio, 25 de febrero de 2016, Ordenan devolución de US\$1 millón de cuenta de socio de Montesinos. Disponible en: <https://elcomercio.pe/politica/justicia/ordenan-retorno-us-1-millon-cuenta-socio-montesinos-392925>.

Entre Perú y Suiza se instaló un proceso de ALM. Los activos permanecieron incautados en el marco de la ALM solicitada en el proceso penal contra el Yuri Khozyainov (que substituyó la incautación suiza por lavado de activos), que como se ha mencionado, fue infructuoso en el Perú. En el 2014 las autoridades peruanas interpusieron una solicitud de incautación en virtud de la nueva ley de pérdida de dominio.

Yuri Khozyainov apeló en los tribunales suizos la incautación de su cuenta suiza en el 2014 alegando que el procedimiento en el Perú no le concedió las garantías judiciales de un **juicio justo**. Estos y otros argumentos fueron considerados temerarios por los jueces suizos, por la ausencia de elementos que corroboren su existencia. El traficante de armas desarrolló su caso ante el Tribunal Penal Federal de Suiza, que rechazó el argumento considerando que la investigación peruana era justa en todos los aspectos¹¹⁸. El Tribunal ordenó que los activos quedaran incautados hasta la finalización del procedimiento peruano de decomiso sin condena.

En febrero de 2016, un tribunal peruano ordenó la extinción de la cuenta bancaria suiza de Yuri Khozyainov¹¹⁹. En abril de ese año, el Perú le requirió la ALM a Suiza con fines de ejecución de la decisión peruana de decomiso sin condena y solicitó la restitución internacional de los activos, incluidos los intereses que la cuenta había generado¹²⁰. En junio de 2016, las autoridades suizas accedieron a la petición de exequatur de las autoridades peruanas, contra la que Yuri Khozyainov presentó otro recurso judicial. En su sentencia de principio del 30 de enero de 2017, el Tribunal Penal Federal Suizo rechazó el recurso y ordenó el exequatur de la decisión de decomiso sin condena del Perú y la restitución internacional de los activos¹²¹.

6.5 Cronología

- 1998: Fujimori y Montesinos promueven la adquisición de aviones militares;
- Desde 1998, las comisiones ilícitas fueron pagadas en cuentas suizas controladas por Montesinos;
- En 1999 se transfirió la comisión ilícita a la cuenta bancaria suiza de Yuri Khozyainov;
- Desde el 2002, Suiza congeló la cuenta de Khozyainov en una investigación por lavado de activos;
- En 2014, Perú inicia una investigación penal en el marco de la cual se solicita ALM a Suiza, Rusia e Italia;

¹¹⁸ Tribunal Penal Federal Suizo (2014), 11 de febrero de 2014, Decisión RR.2013.164, § 5.

¹¹⁹ Corte Superior de Justicia de Lima (2016), 23 de febrero de 2016, Exp. 13-2014.

¹²⁰ La cuenta contenía USD 934,435.87.

¹²¹ Tribunal Penal Federal Suizo (2017), 30 de enero de 2017, Decisión RR.2016.147.

- También en el 2014, el Tribunal Penal Federal suizo rechaza el recurso de Khozyainov contra la incautación de su cuenta y el procedimiento de ALM;
- En febrero de 2016, el tribunal peruano ordena decomiso sin condena de la cuenta bancaria de Khozyainov;
- En abril de 2016, Perú solicita a Suiza que ejecute las decisiones peruanas;
- En junio de 2016, Suiza otorga la ALM ; Khozyainov recurre;
- En enero de 2017, el Tribunal Penal Federal de Suiza rechaza el recurso y ordena la devolución de los bienes a Perú;
- En diciembre de 2020 se firmó el acuerdo internacional de restitución;
- En mayo de 2021 se restituyeron la totalidad de los activos al Perú en forma de programas de inversión pública.

7 Consideraciones finales

- Cooperación eficiente entre los Estados requirentes y requeridos

La interacción en el caso “el traficante de armas ruso” permitió apreciar críticamente las características de la ley peruana de decomiso sin condena, recurriendo a las reglas y principios que rigen en el Estado al que se solicita la ALM. El análisis comparativo de los sistemas jurídicos de los Estados requerido y requirente - por ejemplo, a través de informes jurídicos o de la conformación de comisiones técnicas de trabajo - gatilla toda suerte de efectos positivos en la relación entre Estados. Conviene resaltar entre ellos, la confianza que genera la seguridad de que la ALM se realiza sobre la base de reglas que respetan las garantías fundamentales. La confianza y el respeto mutuo, así como el diálogo constante entre autoridades, permitió aclarar todo tipo de incidentes procesales que surgieron en este caso. En relación con esto, cabe señalar que el Estado requerido tiene un conocimiento limitado de los elementos del caso y en general dispone de conocimientos generales sobre las leyes que se aplican. Dicho de otro modo, su poder de cognición sobre los hechos del procedimiento extranjero es escaso. Por este motivo, el concurso del Estado requirente es indispensable.

La aplicación del principio convencional de responsabilidad compartida de la CNUCC encuentra una aplicación concreta en esta relación de soberana entre Estados. Específicamente, el Estado requirente debe adoptar procedimientos claros que respeten los estándares del Estado requerido, mientras que, este último debe brindar la ALM **en la medida más amplia**.

- Base legal para cooperar

Si bien el Perú solicitó la ALM sobre la base del Tratado de asistencia mutua que lo vincula con Suiza (y las disposiciones relevantes de la CNUCC), las reglas que permitieron la ejecución de la extinción de dominio pertenecieron en su mayoría al derecho nacional. Por este motivo, se debe insistir en el diálogo mutuo y en la exploración de soluciones en el “mejor derecho” aplicable a estos procedimientos internacionales.

La jurisprudencia de los Tribunales suizos consideró que los actos de corrupción descritos en la solicitud de ALM peruana habrían provocado procesos penales si se hubieran producido en Suiza. Esta interpretación abstracta de los hechos para poder cooperar es una muestra objetiva y concreta del contenido jurídico que representa la frase: brindar la ALM **en la medida más amplia**.

Estas y otras interpretaciones son posibles, además del compromiso de las autoridades intervinientes, cuando se explota las particularidades del derecho del Estado requerido. En ese orden de ideas, Suiza aplica el principio de favor (*favourability*) en materia de cooperación judicial internacional, que exhorta a sus autoridades a elegir la disposición o práctica que sea **más favorable** a la ejecución de la solicitud extranjera¹²².

El principio de favor

En ALM las autoridades requeridas se enfrentan a menudo a una variedad de disposiciones legales potencialmente aplicables a un caso. Por ejemplo, una norma de un tratado bilateral y una norma de la legislación nacional pueden abordar la misma cuestión. La elección de la solución más favorable a la ALM es el fundamento del “principio de favor”. La denegación de la ALM debe ser según este principio la *ultima ratio*.

En Suiza, por ejemplo, los tribunales han permitido sistemáticamente la aplicación del derecho interno cuando este es más favorable a la cooperación que el derecho de los tratados.

- Limitaciones

Como se ha mencionado, la mayor parte de los países europeos consideran al decomiso sin condena como una acción que básicamente busca restablecer una situación jurídica preexistente (*statu quo ex ante*). Por este motivo, estas acciones, tanto en aspectos materiales (definiciones y condiciones de aplicación o presupuestos), como en los formales o procesales deben limitarse y evitar los mecanismos punitivos camuflados. De lo contrario, según el enfoque de derechos

¹²² Oficina Federal de Justicia de Suiza (Bundesamt für Justiz) (2009). *International Mutual Assistance in Criminal matters, Guidelines*. p. 28 s.

humanos, resultan aplicables a estos procesos las garantías del *juicio justo* diseñadas para las acusaciones penales.

En este sentido, a continuación se presentan algunos incidentes que pueden suscitarse en el contexto de los procesos internacionales de recuperación de activos sobre la base de decomisos sin condena.

1. Características punitivas y modelos controvertidos

La delimitación entre lo punitivo o no en el contexto de los diferentes modelos de decomiso sin condena es realizada retrospectivamente y caso por caso por el TEDH. Los decomisos sin condena, en su forma básica, afectan al producto (efectos y ganancias) e instrumentos del delito. El decomiso sin condena de los instrumentos, en su mayoría bienes lícitos, está sujeto a condiciones más estrictas según la interpretación del enfoque de derechos humanos¹²³.

La extinción de dominio introduce varios modelos de decomiso que no han sido totalmente implementados en Europa. En todo caso, su transposición en los derechos de los Estados de la UE continúa siendo controvertida: por ejemplo, el decomiso sin condena de activos lícitos por mezcla (*tainted assets confiscation*)¹²⁴ o por equivalencia (*value-based confiscation*). Estos modelos de decomiso afectan bienes lícitos e introducen criterios de naturaleza subjetiva (culpabilidad), por ejemplo, la voluntad de disimular bienes ilícitos con lícitos en los presupuestos de la mezcla¹²⁵. Estos elementos sugieren una naturaleza punitiva y requieren otros estándares para su procesamiento, por lo que se ejecutan con bastante frecuencia (en los países europeos de tradición civil) en el contexto de los decomisos ordenados en procesos penales.

2. Doble incriminación

El art. 57 CNUCC - la única base legal internacional en materia de recuperación de activos – contiene limitaciones importantes sobre los fundamentos de la recuperación. Entre estas limitaciones está aquella que exige del Estado requirente la prueba de la propiedad anterior al delito de los activos que busca recuperar art. 57(3)(a)(b) CNUCC (referencia a los delitos de peculado o malversación de fondos públicos). Es verdad, según lo expuesto, que el Estado requerido puede aplicar su propia legislación, que es generalmente más amplia, pero esto implica también la incorporación de los aspectos limitativos de su derecho.

¹²³ Solórzano, O. (2021). *Estudio de caso: La Monja – Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*. Basel Institute on Governance, p. 11 s. Disponible en: <https://baselgovernance.org/publications/case-study-the-nun>.

¹²⁴ Por otro lado, a nivel internacional (por ejemplo, el art. 31 de la CNUCC) prevé el decomiso penal neto de los activos mezclados en materia de decomiso penal. En materia de decomiso sin condena la cuestión es aún más controvertida.

¹²⁵ DL 1373 (2018), art. 7.1.c.

La noción de “actividad ilícita” que introducen algunas legislaciones de extinción de dominio puede resultar problemática en el contexto de la ALM, cuando el concepto abarca delitos que no son tipificados o reconocidos como tal en el derecho del Estado requerido. La restricción es doble: por un lado, la noción de delito o crimen suele ser sumamente técnica en el derecho del Estado requerido. Por otro, la ALM funciona únicamente (en la mayoría de países de Europa) si el comportamiento constituye un ilícito penal en el Estado requerido. Estas nociones no son autónomas en materia de ALM, por lo que sus alcances son desarrollados en el derecho penal.

Por otro lado, las causales o presupuestos de riqueza injustificada o enriquecimiento ilícito de la extinción de dominio están fuertemente limitadas por el principio de doble incriminación. El enriquecimiento ilícito no es un tipo penal reconocido en la mayoría de los países europeos y existe solo como recomendación en la CNUCC (art. 20 CNUCC).

Finalmente, respecto de las limitaciones que se ciernen sobre la ALM, la disparidad de autoridades centrales designadas para dar cumplimiento a las solicitudes de ALM es un dato que no debe pasar desapercibido, y que obliga a una mejor diagramación política del sistema de recuperación de activos.

8 Bibliografía

Obras completas y colectivas

Ahlbrecht, H. et al. (2015). *Internationales Strafrecht*. 2 auflage. Heidelberg: C.F. Muller.

Bondar, M. (coordinadora) (2015). *Cooperación jurídica internacional en materia penal*. Buenos Aires: Dirección de asistencia jurídica internacional.

Boucht, J. (2017). *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*. 1st Edition. USA: Hart Publishing.

Claman, D. (2008). *The promise and limitations of asset recovery*. In: Pieth, M. *Recovery Stolen Assets*. Basel Institute on Governance. New York. Peter Lang.

D. Cassella, S. (2012). *Asset Forfeiture Law in the United States*. 2nd Edition. Ciudad: Juris Publishing.

Fiolka, G. (2015). *Art. 67 IRSG*. En: M.A. Niggli & S. Heimgartner (Ed.). *Internationales Strafrecht, Basler Kommentar*. Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag.

Hackner T. y C. Schierholt (2017). *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*. 3 auflage. Berlin: C.H.Beck.

Keller, A. (2017). *Formelle Fallstricke und materielle Grenzen in der Rechtshilfe*. En Breitenmoser, S. y B. Ehrenzeller (Ed.), *Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen*, Zürich: Dike Verlag Zürich.

Line, B. (2020). *The Use of Non-Conviction Based Seizure and Confiscation*. Council of Europe. Disponible en: <https://rm.coe.int/the-use-of-non-conviction-based-seizure-and-confiscation-2020/1680a0b9d3>.

Ludwiczak, M. (2015). *A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier*. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. Geneve: Revue pénale suisse: RPS = Rivista penale svizzera, vol. 133.

Mataga, Z., Longar, M., Vilfan, A., Grgic, A. (2007). *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*. Council of Europe. Disponible en: <https://rm.coe.int/168007ff55>.

Nicholls, C., et al. (2017). *Corruption and Misuse of Public Office*. 3rd Edition. Oxford. United Kingdom.

Niggli M.A. y C. Göhlich. (2015). *Art. 1a IRSG*. En, M.A. Niggli & S. Heimgartner (Ed.). *Internationales Strafrecht, Basler Kommentar*. Basel: Helbling Lichtenhahn Verlag.

Oficina Federal de Justicia de Suiza (Bundesamt für Justiz) (2009). *International Mutual Assistance in Criminal matters, Guidelines*.

Pieth, M., Low, L. y Bonucci, N. (2013). *The OECD Convention on Bribery: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

Pieth, M. (2008). *Recovery Stolen Assets*. Basel Institute on Governance. New York.

Popp, P. (2000). *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*. Bern: Stämpfli.

Quiroz, A. (2005). *Costos históricos de la corrupción en el Perú republicano*. En: Portocarrero, F. (Ed.). *El Pacto infame: Estudios sobre la Corrupción en el Perú*. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú.

Rose, C., et al. (2019). *The United Nations Convention Against Corruption: a commentary*. 1st Edition. United Kingdom: Oxford.

Rui, J. & Sieber U. (2015). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, possibilities and limitations of Rules Enabling Confiscation Without a Criminal Conviction*. Berlin: Duncker & Humblot.

Schabas, W. (2015). *The European Convention on Human Rights: a commentary*. 1st Edition. Oxford. United Kingdom.

Zimmermann, R. (2019). *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 5th edition, Berna: Stämpfli.

Zimmermann, R. (2014). *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 4ème edition, Berna: Stämpfli.

Zimmermann, R., (2009). *La Coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 3ème Edition. Staempfli.

Recursos en línea

Brun, J.-P. et al. (2011). *Manual para la recuperación de activo: Una guía orientada a los profesionales*. Washington: Ediciones Gondo. Disponible en: https://star.worldbank.org/sites/default/files/manual_para_la_recuperacion_de_activos_0.pdf.

Congreso de la República del Perú (2002). *Informe Final de la Comisión Investigadora sobre los delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001*. Lima. Disponible en <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/cidef/oscuga/informecideffinal.pdf>.

Council of Europe (2005). *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism*. Disponible en: <https://rm.coe.int/168008371f>.

GAFILAT (2015). *Guía de Cooperación Judicial Internacional en Recuperación de Activos Ilícitos*. Bogotá. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/colombia/2017/Enero/UNODC_Guia_C.I.R.A._RRAG_2015.pdf

Grey, L. et al. (2014). *Few and Far: The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Washington DC: World Bank. Disponible en: <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/Hard%20Facts%20Stolen%20Asset%20Recovery.pdf>.

Guía de Cooperación Judicial para autoridades de territorios fuera del Reino Unido. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/mla-guidelines-for-foreign-authorities-2012>.

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb). Disponible en: <https://rm.coe.int/1680700aaf>.

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) (2004). *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)*, adoptada el 31 de octubre de 2003. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Guía Legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf.

Naciones Unidas (2003). *Travaux Préparatoires*, A/58/422/Add.1. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_7/422add1s.pdf

Naciones Unidas (1988). *Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) (2005). *Derechos Humanos: Manual para parlamentarios*. Francia. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/training13Newsp.pdf>.

Parlamento Latinoamericano y Caribeño (2018). *Proyecto de ley modelo sobre extinción de dominio de Panamá*. Disponible en: <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2020/03/PLM-extincion-dominio.pdf>.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2012). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_S.pdf

Artículos

Cassani, U., (2009). *La confiscation de l'argent des «potentats»: à qui incombe la preuve?* Geneve : La Semaine judiciaire. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15967>.

Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M. y Herrera del Campo, B. (2002). La recuperación de activos en el Derecho español. En: *Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción*. Transparencia Venezuela, Caracas, pp. 4-45. Disponible: <https://transparencia.org.ve/project/recuperacion-de-activos/>.

Solorzano, O. (2018). *La recuperación de activos de la corrupción en Perú*. En: Almagro et al. (Ed.). *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>.

Solórzano, O. (2021). *Estudio de caso: La Monja – Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*. Basel Institute on Governance. Disponible en: <https://baselgovernance.org/publications/case-study-the-nun>.

Tabla de decisiones judiciales

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

TEDH (2020), 22 de diciembre 2020, Gestur Jónsson y Ragnar Halldór Hall c. Islandia.

TEDH (2017), 11 de julio 2017, Moreira Ferreira c. Portugal (nº 2) [CG].

TEDH (2016), 13 de noviembre 2016, Ibrahim y otros c. Reino Unido [GC].

TEDH (2015), 12 de mayo de 2015, Gogitidze y otros v. Georgia.

TEDH (2012), 10 de julio 2012, Gregačević c. Croacia.

TEDH (2007), 10 de julio de 2007, Dassa Foundation y otros contra Liechtenstein.

TEDH (2004), 30 de marzo de 2004, Radio France v. France.

TEDH (2002), 27 de junio de 2002, Butler v. Reino Unido.

TEDH (2001), 5 de julio de 2001, Philips v. Reino Unido.

TEDH (1995), 5 de mayo de 1995, Air Canada v. Reino Unido.

TEDH (1994), 22 de febrero de 1994, Raimondo v. Italy.

TEDH (1984), 23 de octubre 1984, Ozturk v. Germany.

TEDH (1976), 7 de diciembre de 1976, Handyside v. Reino Unido.

TEDH (1976), 23 de noviembre, Engel and Others v. the Netherlands.

- **Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

CIDH (2008), 6 de mayo de 2008, Salvador Chiriboga v. Ecuador.

- **Corte Internacional de Justicia**

ICJ (2006), 9 de enero 2006, Djibouti v. France

- **Judicatura peruana**

Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio (2020), 27 de noviembre de 2020, Exp. no. 159-2019-0-5401, Parte considerativa, Primero. (Caso Moshe Rothschild).

Corte Suprema de Justicia de la República (2019), 30 de noviembre de 2019, Casación 1408-2017, fundamento 18.

Corte Superior de Justicia de Lima (2016), 23 de febrero de 2016, Exp. 13-2014.

Sala Penal Permanente (2010), 01 de marzo de 2011, Recurso de Nulidad 42-2010, p. 1-2.

Segunda Sala Penal Especial (2004), 30 de marzo de 2007, Exp. 39-2004.

- **Luxemburgo**

Tribunal de Distrito de Luxemburgo (2015), 30 de abril de 2015, Decisión 1310/2015. (Casa Azam, decisión del ejecutivo de un decomiso sin condena del Reino Unido en Luxemburgo).

- **Suiza**

- **Tribunal Federal**

FTR 132 II 178 (Decisión del ejecutivo de un decomiso sin condena “civil forfeiture” de los Estado Unidos en Suiza).

FTR 129 II 462, § A.

- **Tribunal Penal Federal**

Tribunal Federal Suizo (2017), 30 de enero de 2017, Decisión RR.2016.147 (Caso Yuri Khozyainov).

Tribunal Penal Federal Suizo (2014), 11 de febrero de 2014, Decisión RR.2013.164. (Caso Yuri Khozyainov, decisión que mantiene la incautación de una cuenta en Suiza sobre la base del proceso de decomiso sin condena en el Perú).