

Estudio de caso: La monja

Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso

Oscar Solórzano | Marzo 2021

lazo vencido. Partidos acogen a 4 personas que postularon este año al Congreso y que no han presentado ingresos ni gastos de campaña.

Sin información. A este número se suman 33 candidatos que obviaron reportes a la ONPE de los comicios regionales y municipales del 2018.

en desarrollo

Lava Jato. Fiscales manejan pesquisas en la etapa preparatoria y otras 42 en la preliminar. En el abtado acusación en se

Dial



ADAPTACIÓN INELUDIBLE p.07

La explosión y la transformación del e-commerce raen más desafíos

Mayoría de marcas han mejorado sus procesos y el tiempo de entrega, potencial fuera de Lima es grande.

TENDENCIA PARA EL 2021 p.9

Alza en producción y precios de metales hace onreír al sector minero

INFORME DEL IPE p.15

Recuperación del empleo marcha a menor ritmo que la economía

Unidad de Investigación

Tras la cuenta que Sendero Luminoso abrió en Suiza

Aparato económico de 'Sendero' fue puesto al descubierto

La terrorista Nelly Evans hizo la operación hace 30 años y puso como apodada Elena Yparraizurre, la esposa de Abimael Guzmán.



Elena Yparraizurre

Nelly Evans
Alquilaba casas para ocultar a cibecillas

US\$906.457,79
AL 2017

Finanzas de la subversión. La cuenta se abrió el 20 de agosto de 1990 y 11 días después se hizo el primer depósito: US\$460 mil provenientes de 2017, autoridades helvéticas alertaron de su existencia. La fiscalía trabaja para recuperar los fondos y que pasen a nombre del Estado Peruano.

p.10

FORMARÁ COMITÉ ESPECIAL PARA ESTA TAREA

Ejército evaluará el uso no oficial de uniformes militares en otras entidades

Confusión. Anuncio se conoce luego de que este Diario revelara que

Más noticias

Accidentes viales: 15 de murieron de enero a nov casi el doble que en el 20

Balace de la situación de derechos humanos en México, Cuba y Venezu

Alianza Atlético de Sull jugará en la Liga I tras v

1 CONTEXTO	3
2 ANTECEDENTES DEL CASO EVANS	3
3 CUENTA SUIZA	4
4 EXTINCIÓN DE DOMINIO	5
4.1 Casos de uso de la extinción de dominio	6
4.2 Tipologías de activos	7
4.3 Condiciones de aplicabilidad	8
4.4 Estándar y carga de la prueba	8
4.5 Debido proceso y derechos fundamentales	10
5 ESTRATEGIA DEL CASO	12
5.1 Primeras consideraciones	12
5.2 Argumento estratégico: la cuenta de Evans como objeto del delito	14
5.3 Estándares internacionales de decomiso	16
5.4 Asistencia legal mutua - ¿es la especialidad un problema?	17
6 DECISIÓN FINAL Y SU EJECUCIÓN	18
7 COMENTARIO FINAL	21
8 BIBLIOGRAFÍA	21

Sobre el autor

Oscar Solórzano es director de la oficina del Basel Institute on Governance para América Latina en Lima, Perú, y especialista senior en recuperación de activos en el Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR).

Desde que se unió a ICAR en 2012, Oscar ha contribuido en una serie de casos de corrupción internacional y recuperación de activos de alto perfil en Perú y en América Latina. Oscar trabaja con las autoridades a quienes asiste a desarrollar y ejecutar estrategias para rastrear los activos ilícitos localizados en jurisdicciones extranjeras, incluyendo la incautación y el decomiso del producto del delito. En particular, asesora sobre la aplicación de las leyes de decomiso sin condena como estrategias para la recuperación internacional de activos. También presta asesoramiento jurídico en torno a la asistencia legal mutua en materia penal.

Oscar representa regularmente al Instituto de Basilea como ponente en seminarios y conferencias internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, la corrupción, la cooperación internacional y la recuperación de activos.

oscar.solorzano@baselgovernance.org

Acerca de esta publicación

Este estudio de caso se realizó en el marco del Acuerdo de Cooperación suscrito entre el Basel Institute on Governance y el Ministerio Público de Perú.

Su objetivo es ofrecer un registro documental de casos emblemáticos de recuperación de activos en los que existió una sinergia exitosa entre ambas instituciones. Se trata de una herramienta de conocimiento apta tanto para un público general como especializado.

Este estudio de caso ha sido redactado por Oscar Solórzano, Especialista Senior en Recuperación de Activos del Basel Institute on Governance. Su contenido no refleja necesariamente la opinión del Basel Institute ni de la Universidad de Basilea.

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

1 Contexto

A principios de los años ochenta, la organización terrorista Sendero Luminoso, dirigida por Abimael Guzmán, también conocido como Presidente Gonzalo, llevó a cabo una violenta ofensiva con el objetivo de tomar el control político del país. Según la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR)¹, las víctimas de este terrible episodio, en su mayoría campesinos, fueron 69 280². Como resultado de los daños estructurales que causó, el conflicto armado exacerbó las desigualdades sociales existentes que aún se sienten hoy en día³. Además de perturbar gravemente la economía peruana, se ha estimado que las acciones de Sendero Luminoso han causado al menos USD 26 000 millones en daños materiales⁴.

Sendero Luminoso necesitaba fondos para operar. Sin embargo, y pese a que los diversos procesos penales contra sus miembros se analizaron sus fuentes de financiamiento, no se halló evidencia de acciones judiciales encaminadas a recuperar los bienes asociados a ellos. Además, tal y como señalan las resoluciones judiciales, persistieron dudas sobre las verdaderas fuentes de financiamiento de la organización terrorista⁵.

El caso que se describe a continuación revela una pequeña parte de la forma en que se financió la organización terrorista Sendero Luminoso. Este caso describe, en líneas generales, la estrategia fiscal que ha permitido el decomiso de los fondos depositados en una de las cuentas bancarias de la organización. En este contexto, también se discuten algunas de las características de la ley peruana sobre decomiso de activos sin condena.

2 Antecedentes del Caso Evans

Nelly Marion Evans Risco (en adelante Evans) fue una monja católica peruano-británica de la clase acomodada de Lima. Recogiendo su papel religioso, los medios de comunicación de la época la apodaron “La Monja”. Según el informe de la CVR, Evans fue reclutada por Sendero Luminoso a principios de los años 80, cuando trabajaba como profesora voluntaria en uno de los distritos más desfavorecidos de Lima. De forma gradual, Evans se convirtió en una pieza clave para reclutar a otros jóvenes militantes. Las autoridades judiciales peruanas sostuvieron que Evans participó y prestó apoyo logístico al grupo terrorista Sendero Luminoso⁶.

1 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, “Informe final”, consultado el 14 de enero de 2021, <http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php>.

2 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, “Apéndice 2: Número total estimado de víctimas”.

3 Comisión de la Verdad y la Reconciliación, “Consecuencias económicas”.

4 Adrián Oelschlegel, “El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú: Un resumen crítico de los progresos realizados en sus recomendaciones”, consultado el 14 de enero de 2021, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-26.pdf>.

5 Sala Penal Nacional (2006), 09 de marzo de 2006, Expediente No. 212-93, p. 55.

6 Sala Penal Nacional (2006), p. 54 (nota 5).

Según la CVR, Evans utilizó su fortuna familiar para financiar a Sendero Luminoso. Sin embargo, este hecho nunca pudo ser probado en juicio. Evans fue condenada principalmente por su afiliación a Sendero Luminoso y por actuar como testaferro de la organización terrorista⁷.

Evans fue condenado a cadena perpetua en un tribunal militar “sin rostro”⁸. Cuando el país volvió a la normalidad, las decisiones de estos tribunales fueron declaradas nulas por el Tribunal Constitucional en 2003⁹. Evans tuvo un juicio ordinario con las correspondientes garantías judiciales y en 2006 fue condenada a 15 años de prisión. Sin embargo, el juez tomó en consideración el hecho de que ya había estado detenida durante un periodo de 15 años y ordenó su liberación inmediata.

3 Cuenta suiza

En 1991, los medios de comunicación peruanos informaron sobre la existencia de una cuenta bancaria suiza vinculada a Evans¹⁰. En 2017 y 2018, las autoridades suizas transmitieron espontáneamente información más detallada sobre la cuenta no. 972362 del banco Edmond de Rothschild S.A. en Ginebra (“la cuenta de Evans”). En resumen, la información espontánea reveló lo siguiente:

- El 20 de agosto de 1990, Evans abrió la cuenta con una aportación de USD 460 000 a través de una transferencia proveniente del First Interstate International Bank de Miami.
- Evans es titular y beneficiario económico de la cuenta.
- El 29 de mayo de 2017, el banco Edmond de Rothschild S.A. envió un reporte de operaciones sospechosas (ROS) a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de Suiza. La UIF comunicó los hechos sospechosos a la Fiscalía Federal Suiza, y en septiembre de 2017 ordenó la incautación de la cuenta bancaria en cuestión además de la apertura de un procedimiento penal.
- La cuenta se incautó en Suiza en el marco de una investigación por organización criminal (art. 260^{ter} del Código Penal Suizo).
- El 22 de enero de 2018, la cuenta de Evans tenía un saldo de USD 923 736.

La transmisión espontánea de información por parte de las autoridades suizas a Perú estaba

7 Corte Penal Nacional (2006), p. 57 (nota 5).

8 Los tribunales militares sin rostro eran tribunales de excepción implementados en la época de Sendero Luminoso con el fin de procesar los delitos de terrorismo en los que se reservaba la identidad de los magistrados. Véase el Decreto Ley 25745 (1992), 5 de mayo de 1992, que estableció las penas para los delitos de terrorismo y el procedimiento de los jueces sin rostro.

9 En 2003, el gobierno peruano emitió varios decretos legislativos que anulaban procesos penales anteriores contra miembros de Sendero Luminoso, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos: TIDH (2004), 18 de noviembre de 2004, De la Cruz Flores c. Perú, párr. 3.

10 Los tribunales militares sin rostro eran tribunales de excepción implementados en la época de Sendero Luminoso con el fin de procesar los delitos de terrorismo en los que se reservaba la identidad de los magistrados. Véase el Decreto Ley 25745 (1992), 5 de mayo de 1992, que estableció las penas para los delitos de terrorismo y el procedimiento de los jueces sin rostro.

claramente destinada a invitar a las autoridades peruanas a iniciar un procedimiento interno con vistas a decomisar y recuperar los activos depositados en la cuenta. En ese sentido, las autoridades peruanas iniciaron una investigación vía extinción de dominio (la ley peruana de decomiso sin condena) y remitieron una solicitud de cooperación judicial internacional a Suiza con el objetivo de incautar la cuenta con fines de decomiso.

Box 1: Intercambio espontáneo de información

La primera transmisión espontánea de información tuvo lugar entre Suiza y Perú en relación con el caso contra Montesinos, exjefe de inteligencia del expresidente peruano Alberto Fujimori. La información sobre las cuentas de Montesinos fue comunicada por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) a la Fiscalía suiza, quien a su vez comunicó espontáneamente la información al Perú. Esto ocurrió después de la caída del régimen de Fujimori en 2000.

La transmisión espontánea de la información a Perú permitió a las autoridades peruanas iniciar una investigación. Posteriormente, Suiza pudo solicitar información y pruebas a las autoridades peruanas para sus propias investigaciones.

Este ejemplo ilustra la relevancia de la transmisión espontánea de información, tal y como promueven los principales documentos y guías sobre la recuperación de activos¹¹. De esta manera, las investigaciones en ambos estados se enriquecen mutuamente, aumentando las posibilidades de éxito de la persecución penal y de la recuperación de activos sobre la base de la estrecha cooperación entre estados requirentes y requeridos.

4 Extinción de dominio

La información financiera relativa a la cuenta fue remitida al Perú cuando el proceso penal contra Evans en el Perú ya había concluido, por lo cual, la información recibida de Suiza sobre la cuenta de Evans fue remitida a la Fiscalía Especializada en Extinción de Dominio, y finalmente se logró obtener una orden de decomiso de la cuenta por parte del Juzgado Especializado Transitorio de Extinción de Dominio en diciembre de 2020¹².

Si el Perú no hubiera contado con una ley de esta naturaleza - Decreto Legislativo 1373¹³ (en adelante extinción de dominio) - que permitiera el decomiso a través de un procedimiento autónomo en escenarios como el presentado en este caso de estudio, el decomiso de esta cuenta no hubiera sido posible.

A pesar de que cada vez es más evidente que este tipo de legislación constituye una herramienta fundamental en el arsenal legal de cualquier país para combatir los delitos financieros y recuperar

11 Directriz no. 8 de Lausana y resolución 71/208 de 2016 de la Asamblea General de la ONU.

12 Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio (2020), Sentencia del 09 de diciembre de 2020, Expediente no. 25-2020-0-5401-JR-ED-01.

13 La extinción de dominio es la última reforma en una línea de leyes peruanas de recuperación de activos que se remontan a 2008. Véase el Decreto Legislativo 1373 (2018), sobre extinción de dominio.

los activos ilícitos, la gran mayoría de los países aún no han adoptado este tipo de legislación¹⁴. Las disposiciones correspondientes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no son obligatorias, por lo que la adopción de esta práctica legal sigue siendo limitada.

Las siguientes subsecciones ofrecen una visión general de los mecanismos y conceptos relevantes de la ley de extinción de dominio necesarios para seguir el razonamiento de la estrategia del caso (sección 5).

4.1 Casos de uso de la extinción de dominio

La experiencia ha demostrado que el decomiso penal no es suficiente y resulta inviable cuando no es posible obtener una condena penal, por ejemplo, cuando el autor ha fallecido, ha huido del país o está protegido por la inmunidad. O incluso, como en el caso de Evans, al no haberse formulado ningún pronunciamiento judicial sobre los bienes del autor en razón a que se han descubierto después de la conclusión del proceso penal. Esta situación, no es en absoluto excepcional en el contexto de la delincuencia transnacional, en el que los procedimientos nacionales dependen de la capacidad de los bancos para localizar los activos ilícitos y comunicar su existencia a las autoridades policiales de manera eficaz y oportuna.

En un escenario como el del Caso Evans, la extinción de dominio permite el decomiso de bienes, en la medida que se dirige contra el bien, independientemente de la condena previa del titular de este. La acción de extinción de dominio es autónoma, lo que implica que no está vinculada o subordinada a un proceso civil, penal o de otro tipo. Su fundamento es esencialmente civil, ya que se sustenta en el principio de que las actividades ilícitas no pueden generar un derecho de propiedad legítimo¹⁵.

La estrecha relación entre la extinción de dominio y el proceso penal es compleja y aún está por definir en la jurisprudencia peruana. Sin embargo, lo que sí parece claro es que la existencia de un proceso penal previo contra el titular de los bienes, relacionado con el mismo conjunto de hechos, no impide el uso de la extinción de dominio. Según la doctrina dominante importada del derecho anglosajón, la mera existencia de un bien ilícito es un peligro para el orden público y crea distorsiones¹⁶, cuya situación jurídica corresponde determinar al Estado.

Con el fin de garantizar que un caso cumpla con la prohibición constitucional de la doble persecución (*ne bis in idem*), la extinción de dominio solo es posible cuando la situación jurídica del activo no ha sido debatida durante el proceso penal. De lo contrario, la decisión contra el titular del bien se beneficia del principio de cosa juzgada; y los hechos controvertidos no pueden, en principio, debatirse en otros procedimientos, ya sean civiles, administrativos o penales.

Los países de derecho civil ofrecen diferentes alternativas para hacer frente a un escenario

14 La falta de procedimientos de decomiso sin condena en muchos países europeos se ha considerado un grave obstáculo para la aplicación de una política común, según la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 20 de noviembre de 2008, "Productos de la delincuencia organizada, garantizar que "el delito no resulte rentable"" (COM (2008) 766 final), 6 y ss.

15 Decreto Legislativo 1373, Título Preliminar, art. 2.4.

16 Stefan D. Cassella, *Asset Forfeiture Law in the United States*, 2a ed. (Juris Publishing Inc, 2012), p. 904-905.

similar al del Caso Evans. La jurisprudencia suiza, por ejemplo, ofrece una solución equivalente a la extinción de dominio, puesto que permite el decomiso sin condena de los bienes descubiertos después del juicio en tanto su situación jurídica no se haya debatido en el proceso penal previo¹⁷.

4.2 Tipologías de activos

El éxito de una estrategia de recuperación de activos requiere una adecuada evaluación del tipo de activo con el que se está tratando. En el caso concreto significa, entre otras cosas, determinar la categoría legal del activo sujeto a extinción de dominio.

La extinción de dominio permite el decomiso sin condena de los objetos, efectos, ganancias e instrumentos de los delitos. Conceptualmente, se dice que los productos¹⁸ y los beneficios¹⁹ son generados directamente por el delito, a diferencia de los instrumentos que son los bienes utilizados para su perpetración²⁰ (teoría de la facilitación). Los instrumentos del delito pueden, en principio, ser lícitos.

La estrategia jurídica para la recuperación de activos difiere considerablemente según estemos delante de uno u otro de este tipo activos. El decomiso de efectos y ganancias requiere la determinación de un nexo causal con un delito previo (el activo es la consecuencia del delito²¹) mientras que los instrumentos requieren la prueba de su participación en el delito. Adicionalmente, es necesario determinar su “peligrosidad objetiva”, es decir, la Fiscalía debe demostrar que, si el instrumento no se neutraliza mediante el decomiso se utilizará de forma inminente para cometer un delito²².

Los objetos, por ejemplo, una cartera robada en el delito de robo, también pueden recuperarse en virtud de la extinción de dominio porque constituyen el objeto material del delito. Por regla general, los objetos del delito se devuelven a su propietario - que generalmente es la víctima - porque su derecho de propiedad prevalece sobre la prerrogativa del Estado de decomisar los bienes²³.

17 Sentencia del Tribunal Federal Suizo (en adelante FTR) FTR 144 IV 1, considerando 5: “*El presente caso no es comparable a la situación en la que se descubren posteriormente bienes cuya existencia no podía conocerse en el momento de la sentencia. Existe una identidad de finalidad con la medida de decomiso ya dictada en la sentencia del Juzgado de lo Penal, ya que se refiere a una misma fuente de ingresos. En este sentido, la cosa juzgada y el principio de ne bis in idem se oponen al presente procedimiento de decomiso independiente iniciado sobre la base del artículo 376 del Código Penal*” (a contrario).

18 Comentarios a la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, adoptado por la Conferencia de Negociación el 21 de noviembre de 1997. Comentario 21: “El ‘producto’ del soborno son las ganancias u otros beneficios obtenidos por el sobornador de la transacción u otra ventaja indebida obtenida o retenida mediante el soborno”.

19 Según la ley de decomiso de Estados Unidos, el término beneficios incluye la noción de derecho civil de beneficio o lucro, es decir, las ventajas indirectas obtenidas o retenidas como consecuencia del delito, véase Stefan De Cassella (nota 16). Según la legislación suiza, los beneficios del delito pueden ser decomisados siempre que se establezca un vínculo, incluso indirecto (pero adecuado), entre los beneficios y el delito subyacente, véase FTR 137 IV 79, considerando 3.3.

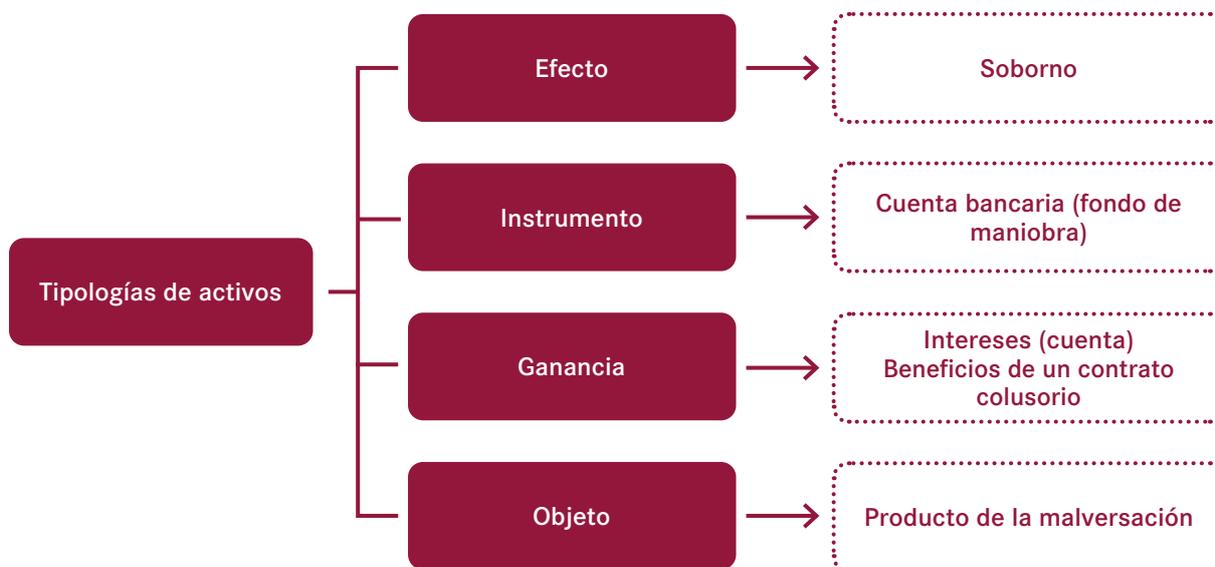
20 La ley de Reforma de Confiscación de Activos Civiles (CAFRA por sus siglas en inglés) introduce la dimensión “facilitadora” del activo, refiriéndose a un concepto más amplio según el cual son instrumentos del delito todos los activos que hacen que el delito sea más fácil de cometer o más difícil de detectar, véase Stefan D. Cassella, p. 937, 942 (nota 16).

21 En Suiza, la situación es similar: “*los activos decomisables se refieren a todos los beneficios económicos ilícitos obtenidos directa o indirectamente por medio de un delito*”, FTR 144 IV 1, considerando 4.2.2.

22 El concepto de peligrosidad se desarrolló en el contexto del decomiso como medida de seguridad, véase The OECD, *Convention on Bribery: A commentary* (New York: Cambridge University Press, 2014), p. 306.

23 The OECD, *Convention on Bribery: A commentary*, 316 (nota 22).

Fig. 1: Activos sujetos a extinción de dominio (por ejemplo, la corrupción)



De acuerdo con el artículo 17.1. b²⁴, para que una solicitud de extinción de dominio sea admitida, una condición previa fundamental es que identifique, describa y estime el bien materia de controversia. La solicitud también debe establecer su nexo causal con el delito subyacente, lo cual proporciona los antecedentes de hecho para determinar la(s) tipología(s) de los bienes sujetos a decomiso.

4.3 Condiciones de aplicabilidad

La ley de extinción de dominio es aplicable, siempre y cuando, el fiscal especializado logre establecer el vínculo entre los tres elementos siguientes (art. 14.1.d):

1. El Presupuesto²⁵.
2. El bien objeto de extinción.
3. La actividad ilícita.

Según el artículo 14 de la ley de extinción de dominio, corresponde al fiscal especializado reunir las pruebas o indicios que permitan demostrar la relación entre los elementos mencionados.

4.4 Estándar y carga de la prueba

El estándar de prueba se refiere al grado de probabilidad con el que debe demostrarse una

24 Todos los artículos de este texto que no se atribuyen a una ley específica son los de la ley de extinción de dominio.

25 Del latín *Presuppositus*: pre (anterior) *Suppositus* (hipótesis). Los Presupuestos son hipótesis cuyos hechos circundantes deben ser probados por la fiscalía para que la solicitud de decomiso sea admitida por el juez competente. Los *Presupuestos* son supuestos de hecho (Art. 7.1) que describen la forma en que el bien presuntamente ilícito está vinculado a un delito: i) es el objeto, el procedimiento o el instrumento del delito, ii) es inexplicable y existe la sospecha de su posible vinculación a un delito, y; iii) es un bien lícito entremezclado con bienes delictivos (bienes contaminados).

proposición fáctica en un caso para que el juez la considere cierta²⁶. La carga de la prueba, por otro lado, se refiere a la determinación de la parte que tiene la responsabilidad de aportar pruebas para demostrar una proposición fáctica con el nivel requerido.

Demostrar el vínculo entre el activo y un delito previo puede convertirse rápidamente en una tarea difícil. Esto es particularmente cierto cuando se trata de complejos esquemas de lavado de dinero y activos trasladados al extranjero; lo que hace necesario reunir inteligencia e información de otras jurisdicciones, por ejemplo, a través de la asistencia legal mutua (ALM). En respuesta a ello, la ley peruana de extinción de dominio introduce dos innovaciones legales respecto al decomiso penal que facilitan significativamente la tarea de la Fiscalía: estándares civiles y la reasignación parcial de la carga de la prueba.

Además de su autonomía, una de las características novedosas de la extinción de dominio es que aplica, en una herramienta de política criminal, el estándar de prueba del balance de probabilidades, utilizado habitualmente en los procedimientos civiles. El grado de certeza exigido por el juez para dar por acreditados los alegatos acusatorios es, por tanto, menor que en el proceso penal. El criterio del balance de probabilidades exige que el juez acepte como probados los argumentos del fiscal si este es capaz de demostrar que es más probable que lo contrario, respecto a la producción de un determinado hecho (en relación con el activo).

En este contexto, durante la fase de “indagación patrimonial”²⁷, es decir, la fase de investigación financiera de la extinción de dominio, la ley pide que el fiscal reúna pruebas para demostrar el origen o el destino ilícito de los bienes. Una vez concluida esta fase, el caso se presenta formalmente ante el juez, que está obligado por la ley a examinar detenidamente la solicitud y determinar su admisibilidad (artículo 18: calificación de la solicitud). La utilización del estándar de prueba del balance de probabilidades se refiere a esta fase procesal concreta en la que el juez evalúa las pruebas.

Si las pruebas aportadas por el fiscal se consideran suficientes, se presume que los bienes son de origen ilícito. En consecuencia, el juez convoca al titular de los bienes²⁸ al juicio de extinción de dominio para que defienda sus derechos de propiedad. Este mecanismo particular introduce una característica innovadora de la extinción de dominio: además de reducir el estándar de prueba, prevé una reasignación parcial de la carga de la prueba.

La extinción de dominio simplifica, por lo tanto, dos elementos clave de la recuperación de activos, al disminuir el estándar probatorio que el juez utiliza para valorar las pruebas y al reasignar parcialmente la carga de la prueba. Como se ha mencionado anteriormente, la obligación de establecer los presupuestos (véase el apartado 4.3 y la nota 25) recae en la fiscalía durante la fase de investigación. El éxito de la fase conduce a la presunción del origen o destino ilícito de los activos, que el titular de estos puede refutar aportando pruebas (en un estándar de prueba de

26 Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds*, (Hart Publishing, 2017), p. 185.

27 Véase el art. 12.1.

28 El decreto denomina al titular de los bienes “el Requerido”.

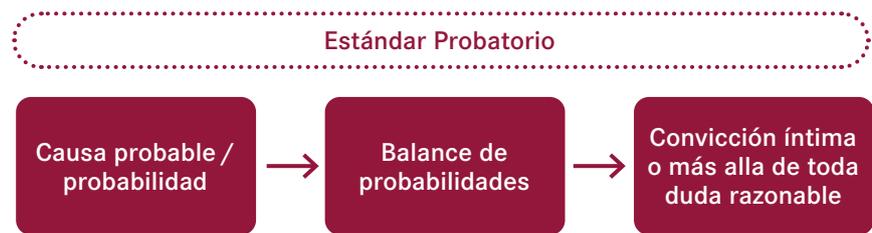
balance de probabilidades) que acrediten que sus activos tienen un origen o destino legal²⁹.

La extinción de dominio no supone una inversión total de la carga de la prueba. Funciona, en realidad, como un mecanismo sofisticado también conocido en los países de derecho consuetudinario y de derecho civil³⁰. Para mantener el equilibrio entre los distintos derechos en juego, la ley de extinción de dominio concede numerosos derechos procesales al titular del bien. En particular, el titular del bien debe estar en condiciones de defender eficazmente sus derechos patrimoniales ante un juez imparcial e independiente (véase el apartado 4.5).

Fig. 3: Prueba

La carga de la prueba

Corresponde al fiscal aportar pruebas o indicios del origen o destino ilícito del bien. Una vez admitida la solicitud de decomiso, corresponde al requerido probar el origen o destino lícito del bien (artículo 2.9).



4.5 Debido proceso y derechos fundamentales

La ley peruana de extinción de dominio garantiza el debido proceso, así como otros derechos fundamentales sin restricciones. Estos son, de hecho, principios esenciales de esta acción legal³¹.

Sin embargo, los elementos relativos al concepto de proceso debido son diferentes según se trate de un procedimiento penal o de extinción de dominio. Las exigencias del debido proceso desarrolladas en el contexto del derecho penal, como la presunción de inocencia, no son aplicables en las acciones judiciales autónomas contra los bienes (*in rem*), principalmente porque estas herramientas jurídicas no se pronuncian sobre la responsabilidad penal del acusado ni está en juego su libertad personal. En consecuencia, las exigencias del debido proceso se modulan en la extinción de dominio, se sustituye la noción de culpabilidad aplicable a una persona por el concepto de “ilicitud” aplicable a los activos. En otras palabras, así como la finalidad del proceso penal es encontrar pruebas destinadas a demostrar la responsabilidad personal del acusado, el proceso de extinción de dominio pretende descubrir si los activos en cuestión tienen o no un origen o destino ilícito.

La extinción de dominio es una forma de decomiso sin condena, cuya finalidad es recuperar los activos ilícitos generados por las formas más graves de delincuencia (artículo 1). En ese

29 Mecanismos similares han sido considerados conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), véase TEDH (2004), 30 de marzo de 2004, *Radio France v. France*, párr. 24.

30 El art. 72(2) del Código Penal suizo (Decomiso de los bienes de las organizaciones delictivas) desplaza la carga de la prueba al presumir, de manera rebatible, que todos los bienes pertenecientes a una persona que ha participado en una organización delictiva o la ha apoyado están en poder de la empresa delictiva.

31 Decreto Legislativo 1373. Título Preliminar art. 2.6 y art. 4.

contexto, es una medida reparadora más que una pena o un castigo³². Esto reviste especial importancia en relación con la evaluación de los requisitos del debido proceso aplicables a la acción de extinción de dominio. Los estándares civiles de prueba son aplicables en la medida en que la acción legal se considera reparadora. Esto contrasta con las situaciones en las que se considere la acción como una pena o castigo, en cuyo caso se aplicaría el estándar de prueba más elevado, es decir, el de prueba más allá de toda duda razonable que se utiliza en los procesos penales.

Como se ha discutido, la extinción de dominio aplica el estándar de prueba del balance de probabilidades³³ que se utiliza habitualmente en los procedimientos civiles. Sin embargo, los mecanismos procesales que utiliza la extinción de dominio no son exactamente los del proceso civil. Esto se debe a que el proceso civil decide sobre las relaciones jurídicas entre particulares, a diferencia del proceso de extinción de dominio que tiene al Estado como demandante. Esto conduce a una importante asimetría en el equilibrio de poder entre las partes del proceso, como consecuencia de la que el titular de los bienes en extinción de dominio es puesto en una posición que le permite gozar de todos los derechos procesales esenciales, incluyendo el derecho a un juicio justo, el derecho a examinar el expediente, el derecho a ser escuchado y a aportar pruebas, y el derecho a una decisión judicial motivada y legalmente fundamentada (artículo 5). Además, el Perú ha establecido un sistema judicial especializado de dos instancias para garantizar el cumplimiento del derecho a obtener una revisión judicial de la decisión.

Numerosos países de Europa conocen hoy en día estos modelos de decomiso en sus marcos jurídicos nacionales. Asimismo, la jurisprudencia reiterada³⁴ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha confirmado tanto la aplicabilidad del estándar de prueba civil a las acciones reparadoras como la conformidad de dichos modelos de decomiso con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁵.

Box 2: 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 estándares civiles cumple con los estándares de derechos humanos en virtud del CEDH. En particular, cabe destacar las siguientes declaraciones del Tribunal³⁶:

“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.”

32 Decreto Legislativo 1373, Preámbulo.

33 Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio (2020), considerando 11 (nota 12).

34 El CEDH 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 v. Italy párr. 43; TEDH (1995), 5 de mayo de 1995, Air Canada c. Reino Unido, párr. 56.

35 Cf. por ejemplo: TEDH (2007), 10 de julio de 2007, Dassa Foundation v Liechtenstein.

36 TEDH (2015), 12 de mayo de 2015, Gogitidze y otros c. Georgia, párr. 105, 121.

“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° 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”.

Además del debido proceso, la extinción de dominio incide en el derecho de propiedad, ya que impone al propietario el uso de sus bienes de acuerdo con el interés social definido en la Constitución³⁷ y la jurisprudencia³⁸. En efecto, la instrumentalización penal de la propiedad autoriza al fiscal a solicitar su decomiso en escenarios en los que el bien solo está virtualmente relacionado con una actividad ilícita (destino ilícito)³⁹.

El derecho a la propiedad es un principio fundamental de la democracia moderna y debe protegerse firmemente en los instrumentos constitucionales e internacionales. Sin embargo, el derecho a la propiedad no es absoluto⁴⁰. Desde finales de los años 70, esta cuestión ha ocupado al TEDH, cuya jurisprudencia admite que las leyes de decomiso imponen límites al uso de la propiedad según el apartado 2 del artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁴¹.

Según la jurisprudencia del TEDH, los Estados Parte pueden aplicar las leyes que se consideren necesarias para regular el uso de la propiedad en cumplimiento de los “intereses nacionales”⁴². En consecuencia, solo los Estados signatarios están legítimamente facultados para juzgar la necesidad y los límites que deben imponerse a esos derechos. El TEDH debería limitar sus poderes interpretativos a examinar la legalidad y el objetivo previsto en dichas restricciones. En el caso Raimondo v. Italia, por ejemplo, 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 decomiso⁴³. El caso Phillips, por otra parte, 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”⁴⁴.

37 El artículo 70 de la Constitución peruana declara: “[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 [...]”.

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

39 Véase el punto 4.2.

40 Véase, por ejemplo, Aida Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation*, Council of Europe, Consultado el 2 de marzo de 2021. <https://rm.coe.int/168007ff55>. Véase también TIDH (2008), 6 de mayo de 2008, Salvador Chiriboga v. Ecuador. Expediente no. 179, párr. 61.

41 Art. 1: “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, 12.

42 TEDH (1976), 7 de diciembre de 1976, Handyside c. Reino Unido, párr. 62.

43 TEDH (1994), 22 de febrero de 1994, Raimondo c. Italia, párr. 30.

44 TEDH (2001), 5 de julio de 2001, Philips c. Reino Unido, párr. 52.

5 Estrategia del caso

5.1 Primeras consideraciones

Rápidamente se hizo evidente que la Cuenta Evans no podía considerarse efecto del delito, debido a las dificultades para rastrear los activos hasta un delito (anterior). La investigación suiza pudo establecer que los activos de la Cuenta Evans fueron transferidos desde una cuenta en el First Interstate International Bank de Estados Unidos; sin embargo, en la investigación peruana no se contaba con mayor información sobre la cuenta transmisora. En razón del tiempo transcurrido desde la apertura de la cuenta (1991) y los límites en plazos de las obligaciones de debida diligencia en el sistema financiero, parecía poco probable que se obtuvieran datos más precisos 30 años después.

En el mismo sentido, la Cuenta Evans tampoco podía considerarse un instrumento, ya que para ello se tendría que demostrar su participación en un delito o su peligrosidad; según lo expuesto en el apartado 4.2. Cuando el instrumento es una cuenta bancaria investigada por sus vínculos con una organización terrorista, es necesario aportar pruebas de que los activos que contiene fueron o serán, inminentemente, utilizados para financiar actividades terroristas. Ninguna de estas condiciones se cumplieron en el Caso Evans. En efecto, aunque Sendero Luminoso tenía, teóricamente, acceso a la Cuenta Evans (concedido por el poder de disposición que este le otorgó), nunca se demostró que la organización terrorista accediera realmente a la cuenta. Asimismo, parece difícil argumentar que una cuenta de 30 años de antigüedad, actualmente incautada en el marco de las investigaciones suizas y peruanas, pueda considerarse “objetivamente” peligrosa.

La extinción de dominio permite el decomiso de bienes por razones relacionadas con su uso o destino ilícito (art. 1). De este modo, permite el decomiso⁴⁵ de activos no solo porque proceden de una fuente ilícita, sino también porque su finalidad es ilícita. Esta consideración de política criminal es común en los marcos legales de decomiso. Por ejemplo, según la legislación suiza, “el tribunal ordenará el decomiso de los bienes que hayan sido adquiridos mediante la comisión de un delito o que estén destinados a ser utilizados en la comisión de un delito [...]”⁴⁶.

La noción de finalidad ilícita se sobrepone parcialmente con la noción de instrumento en la medida en que en ambos casos un activo (la Cuenta Evans) puede ser potencialmente utilizado para la comisión de un delito. Sin embargo, lo decisivo en la extinción de dominio es demostrar que el activo tuvo una finalidad ilícita. En el Caso Evans, las pruebas aportadas por la fiscalía demuestran claramente y sin lugar a duda que los activos estaban destinados a financiar actos de violencia terrorista de Sendero Luminoso (véase más adelante 5.2)⁴⁷.

45 The OECD, *Convention on Bribery: A commentary*, 310 (nota 22).

46 Código Penal suizo de 21 de diciembre de 1937, art. 71 (vigente desde el 1 de julio de 2020), Versión no oficial en inglés, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en.

47 Incluso si consideramos que los activos tienen un origen lícito, las reclamaciones de los titulares se verían muy limitadas debido a la intención delictiva que hay detrás de la apertura de la cuenta. En general, estos escenarios deberían llevar al titular de los activos a renunciar a una defensa efectiva debido a las estrictas condiciones de buena fe y, en función de los hechos subyacentes, a evitar el proceso penal.

Box 3: Cajas negras

Aunque hay muchas diferencias, los hechos que subyacen a la cuenta de Evans en lo que respecta a la identificación de sus orígenes recuerdan las dificultades asociadas a la recuperación de activos de las denominadas cajas negras.

Las cajas negras son cuentas que contienen activos “desviados” de los sistemas contables regulares de una empresa mediante los métodos del fraude y del lavado de activos. Los activos proceden, en la mayoría de casos, de las fuentes legales de una empresa y se acumulan para sobornar a funcionarios sin ser utilizados (todavía) para delitos concretos. Son depósitos de fondos que potencialmente se utilizarán en la comisión de futuros delitos aún no definidos.

Las primeras experiencias de la jurisprudencia alemana y suiza han identificado problemas conceptuales para decomisar estas cuentas debido a su falta de conexión estrecha con un delito específico⁴⁸. En el caso Siemens, por ejemplo, los fondos ilícitos identificados no se decomisaron como instrumentos porque no se pudo probar su conexión con un delito específico. De hecho, las normas de decomiso alemanas exigen que al menos se haya iniciado un delito para autorizar el decomiso de cualquier activo implicado⁴⁹. Las cuentas fueron finalmente decomisadas por un valor equivalente en el contexto de acuerdos extrajudiciales⁵⁰.

5.2 Argumento estratégico: la cuenta de Evans como objeto del delito

La estrategia fiscal del caso consideró la cuenta Evans como objeto del delito de financiamiento del terrorismo⁵¹. El artículo 7. 1.a. de la ley de extinción de dominio permite el decomiso de los bienes que son “objeto material” del delito⁵² (véase el apartado 4.2). Es decir⁵³, los bienes que se ven afectados (materialmente) por el delito.

La categoría jurídica de objeto es sencilla de comprender cuando nos referimos a los bienes (corporales), por ejemplo, en los delitos contra la propiedad. En el delito de robo, el bien robado es el objeto del delito. Esta categoría se vuelve más esquiva cuando nos referimos a delitos abstractos como el lavado de activos o la financiación del terrorismo. En el delito de lavado de activos, por ejemplo, se reconoce que su objeto material es el producto del delito previo, pero también sus sucedáneos (por ejemplo, instrumentos financieros) rastreables hasta el delito⁵⁴. A partir de ahí, la estrategia del fiscal apuesta por una interpretación más amplia del concepto

48 Véanse los requisitos legales de los artículos 73 y 74 del Código Penal alemán, relativos a las condiciones para el decomiso y el decomiso del valor sustitutivo.

49 The OECD, *Convention on Bribery: A commentary* (New York: Cambridge University Press, 2014), 317.

50 Tribunal Regional de Múnich I (2007), Sentencia de 4 de octubre de 2007 (Caso unidad de telecomunicaciones de Siemens). Para más información, véase OCDE, “Germany: Fase 3, Informe sobre la aplicación de la convención sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” (2011), <https://www.oecd.org/berlin/47413672.pdf>.

51 Tribunal Especializado Transitorio en Extinción de Dominio (2020), 2 (nota 12).

52 El “objeto material” es un concepto de derecho penal utilizado en los países de derecho civil para determinar los elementos del delito.

53 Véase *in fine* Decreto Legislativo 1373, art. 3.7.

54 Decreto Legislativo 1106 (2018), *De la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal*, art. 1 y 2.

de objeto del delito en el contexto de la extinción de dominio y por incorporar los derechos patrimoniales inmateriales (carteras financieras, criptomonedas y otros derivados) en la medida en que son los bienes “afectados” por la conducta delictiva.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia⁵⁵ y la doctrina⁵⁶ peruanas consideran como objeto material del delito de financiamiento del terrorismo a los activos en cualquiera de sus formas, destinados a financiar actos de terrorismo⁵⁷. En el caso de Evans, los activos de la cuenta fueron objeto de la actividad delictiva de Evans que consistió en reunirlos y ponerlos a disposición de la organización terrorista para financiar sus actividades⁵⁸.

Cuando los objetos del delito están implicados en un procedimiento de decomiso, ya sea civil o penal, es esencial determinar si hay una víctima con derecho a restitución. Implícitamente, la reflexión que se debe hacer en este punto es si el procedimiento de decomiso debe paralizarse porque un derecho de propiedad (más fuerte) derrotará claramente al derecho del Estado a decomisar o retener los bienes, como se describe en el box 4.

Box 4: Decomiso de objetos de la financiación del terrorismo

Los objetos representan una categoría conceptual de bienes sujetos a la extinción de dominio. Se entiende por objetos todos aquellos bienes “sobre los que han recaído, recaen o recaerán las actividades ilícitas”⁵⁹

Cuando la sola existencia del objeto constituye un peligro para la seguridad pública, generalmente se ordena su destrucción (por ejemplo, las mercancías falsificadas). En el caso de bienes robados, sustraídos o desviados, la obligación es devolverlos a su propietario. El Estado no tiene derecho absoluto alguno a decomisar el bien cuando la víctima tiene un derecho de propiedad prevalente, o un derecho equivalente.

El punto central de la estrategia de Evans es la idea de que los objetos del delito pueden ser decomisados y retenidos por el Estado en todos los casos en los que el delito no haya causado un daño directo e inmediato a una víctima individual, por ejemplo, en los delitos contra los intereses colectivos como la corrupción, la financiación del terrorismo o el crimen organizado.

En su decisión⁶⁰, el juez especializado sostuvo que para determinar si la cuenta Evans es o no objeto del delito de financiamiento del terrorismo, deben cumplirse dos condiciones:

- 1. La determinación del delito (legalidad).** En un nuevo paralelismo con las leyes contra el lavado de activos, la extinción de dominio admite una demostración general del delito que generó los activos, cuya existencia y hechos subyacentes deben ser establecidos de manera genérica. En ese sentido, Evans fue condenada penalmente por “actos de

55 Poder judicial (2010), Acuerdo Plenario no. 3 del 16 de noviembre de 2010, considerando 36, 37.

56 Tomás Gálvez, *Extinción de Dominio, Nulidad de actos jurídicos y reparación civil*, 1a ed. (Lima: Ideas Solución editorial, 2019), p. 100.

57 La situación en Suiza es idéntica. El artículo 260quiquies del Código Penal suizo (Financiación del terrorismo) se refiere a “fondos”, lo que incluye todas las ventajas monetarias.

58 Ver arriba 2.

59 Decreto Legislativo 1373, Título preliminar, art. 3.7.

60 Tribunal Especializado Transitorio en Extinción de Dominio (2020), considerando 5 f. (nota 12).

colaboración” con el terrorismo, que incluían, según el Código Penal peruano vigente en ese momento, la puesta a disposición de fondos para financiar la actividad delictiva de una organización terrorista. La sentencia penal muestra que los jueces reconocieron que Evans desempeñó un papel clave en la logística y las finanzas de Sendero Luminoso, que incluía la apertura de cuentas bancarias⁶¹. En cualquier caso, está claro que la apertura de cuentas bancarias con el fin de financiar organizaciones terroristas constituía un delito según la legislación peruana en el momento en que Evans abrió la cuenta suiza.

2. La vinculación de la cuenta con el delito en el sentido de ser su “objeto” (causalidad)⁶². Las siguientes pruebas ofrecidas por el fiscal fueron fundamentales para satisfacer esta condición:

- i. La identificación de Evans - en el proceso penal- como miembro de Sendero Luminoso⁶³;
- ii. la identificación de Evans como beneficiario de la cuenta;
- iii. la existencia de un poder ilimitado de disposición sobre los bienes concedido por Evans a la dirección de Sendero Luminoso;
- iv. los documentos de “Conoce a tu Cliente” (KYC por sus siglas en inglés),⁶⁴ que señalan a Evans como titular de la cuenta y la persona que emitió los poderes de representación registrados en favor de Sendero Luminoso.

5.3 Estándares internacionales de decomiso

En lo que concierne al decomiso, el Caso Evans es similar a otros casos de financiamiento del terrorismo en los que los activos que supuestamente han servido para financiar organizaciones terroristas son incautados, aunque no sea posible determinar claramente su origen. Un ejemplo es cuando las cuentas relacionadas con actos terroristas se alimentaron de fondos transferidos desde cuentas en jurisdicciones no cooperativas o protegidas por leyes estrictas sobre el secreto bancario.

En relación con lo anterior, cabe destacar dos normas internacionales reconocidas:

- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de las Naciones Unidas de 2002, que promueve firmemente un enfoque de recuperación de activos para combatir la financiación del terrorismo⁶⁵.

61 Tribunal Especializado Transitorio en Extinción de Dominio (2020), considerando 10.b (nota 12).

62 Véanse los puntos 4.2 y 5.2.

63 Corte Penal Nacional (2006), 54 f. (nota 5).

64 Conoce a tu cliente (KYC) es un procedimiento documental destinado a verificar la identidad de los clientes bancarios en el contexto de las obligaciones de diligencia debida contra el blanqueo de capitales (AML). Véase el art. 3 f. de la Ley federal suiza de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (Ley contra el lavado de activos, AMLA) de 10 de octubre de 1997, consultado el 18 de febrero de 2020, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19970427/index.html>.

65 Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo (2002). Véase el artículo 8.2: “Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con sus principios jurídicos internos, para el decomiso de los fondos utilizados o asignados con el fin de cometer los delitos enunciados en el artículo 2 y del producto de dichos delitos”.

- Los Estándares Internacionales Sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y La Proliferación del Grupo de Acción Financiera (las Recomendaciones del GAFI) recomiendan a este respecto la creación de delitos específicos con mecanismos especiales de decomiso.

Box 5: Recomendaciones del GAFI sobre la financiación del terrorismo.

Recomendación 4: Decomiso y medidas provisionales

- “Los países deben adoptar medidas [...] que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar [...] c) los bienes que sean producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos u organizaciones terroristas”.
- “[...] Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena) [...]”.

Recomendación 5: Delito de financiamiento del terrorismo

- “Los países deben tipificar como delito [...] no solo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y de terroristas individuales, incluso en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos”.

Notas interpretativas 5 y 6 de la Recomendación 5:

- “Los delitos de financiamiento del terrorismo deben extenderse a cualquier fondo, procedan de una fuente legítima o ilegítima”.
- “Los delitos de financiamiento del terrorismo no deben exigir que los fondos u otros activos (a) se hayan utilizado realmente para llevar a cabo o intentar un acto o actos terroristas; o (b) estén vinculados a un acto o actos terroristas específicos”.

La ley de extinción de dominio aporta soluciones jurídicas equivalentes a las promovidas en las Recomendaciones del GAFI, al permitir la recuperación de los fondos destinados a financiar el terrorismo mediante un procedimiento independiente contra los propios activos (*in rem*) que respeta las garantías procesales.

5.4 Asistencia legal mutua - ¿es la especialidad un problema?

El Caso Evans se originó en un acto de ALM. En 2017, las autoridades suizas activaron los mecanismos de ALM en materia penal para comunicar espontáneamente la existencia y los detalles de la cuenta a los fiscales peruanos. La información transmitida se trasladó inicialmente a la fiscalía competente en casos de financiamiento del terrorismo, no obstante, al concluir la causa penal contra Evans, los documentos de la cuenta se transmitieron a la unidad de extinción de dominio para iniciar acciones contra la propia cuenta. En efecto, dado que la extinción de dominio se dirige contra los activos ilícitos, los mecanismos de asistencia internacional - tanto en la fase de investigación como en la de ejecución internacional de las sentencias - pertenecen al ámbito de la cooperación judicial internacional en materia penal.

Una cuestión que se planteó en el Caso Evans, y que es común en el contexto de la extinción de dominio y de otros mecanismos de decomiso sin condena, se refiere a si la información financiera recibida durante el proceso penal puede utilizarse en procedimientos posteriores de decomiso sin condena. La respuesta a esta cuestión está relacionada con la interpretación del principio de especialidad en la cooperación judicial internacional.

Box 6: Aplicación del principio de especialidad

El principio de especialidad se refiere a la posibilidad de imponer restricciones o condiciones al uso de la información enviada a través de la ALM.

El principio básico es que la información solo puede utilizarse en el “mismo procedimiento” que originó la solicitud de cooperación internacional. Cualquier otro uso requiere el consentimiento del Estado que envía la información (el estado requerido).

La especialidad en la cooperación judicial internacional es dinámica y, al estar estrechamente vinculada al principio de soberanía, tiene diferentes interpretaciones según los principios jurídicos de los distintos Estados. En ese orden de ideas, el criterio que permite un uso compartido de la información reside en la interpretación de la noción de “mismo procedimiento”. La especialidad es un principio que pretende limitar la difusión más amplia de la información remitida al estado requirente.

La práctica internacional ha desarrollado criterios que abogan por el uso de la información compartida en procedimientos diferentes, pero aún vinculados, a los que dieron lugar a la cooperación internacional. Esto debería ser posible cuando se cumplen las siguientes condiciones de forma acumulativa:

- **Identidad material de los hechos:** No es necesario el consentimiento del Estado que transmitió la información cuando esta se utiliza en procedimientos que investigan los mismos hechos de acuerdo con el criterio jurídico de la “identidad material de los hechos” desarrollado por la jurisprudencia del TEDH⁶⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁷. Existe identidad material cuando hay “un conjunto de hechos que están inseparablemente vinculados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídicamente protegido”⁶⁸.
- **La solicitud de información se refiere a un delito para el que el estado requerido prestaría cooperación internacional:** Esta condición está estrechamente relacionada con el principio de la doble incriminación, según el cual un Estado puede negarse a prestar asistencia judicial recíproca alegando que el delito en el que se basa la solicitud de asistencia judicial recíproca no existe en su ordenamiento jurídico⁶⁹.
- **No se prohíbe específicamente su uso en la cláusula de especialidad:** La especialidad no se presume. Por lo tanto, el Estado que envía la información debe declarar expresamente que la información no puede ser compartida en ningún otro procedimiento por las razones que considere oportunas.

De acuerdo con lo antes expuesto, cabe destacar las siguientes particularidades del Caso Evans:

66 TEDH (2009), 20 de febrero de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rusia, párr. 79-82.

67 CIDH (1997). 17 de septiembre de 1997, Loayza-Tamayo c. Perú, párr. 66.

68 TEDH (2009), 20 de febrero de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rusia, considerando 36, 38.

69 En algunos casos, Suiza admite el uso de la información en procedimientos relativos a delitos desconocidos en el marco jurídico suizo, véase Oficina Federal de Justicia (2009), Unidad de Asistencia Mutua, Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal. Directrices, 31; FTR 124 II 184, considerando 4 (relativo a la ley italiana sobre la financiación de los partidos políticos).

- Los hechos que se investigan están estrechamente relacionados con el procedimiento penal que recibió la información de la cuenta Evans. El procedimiento de extinción de dominio investiga, por tanto, los mismos hechos que el procedimiento penal anterior, pero haciendo énfasis en los activos. Los artículos 7.f y 30 de la ley de extinción de dominio regulan específicamente este escenario.
- El delito subyacente es el financiamiento del terrorismo (y, por tanto, favorable a la cooperación judicial internacional).
- No existe ninguna prohibición específica en la ALM espontánea de Suiza que imponga limitaciones al uso de la información transferida a Perú.

6 Decisión final y su ejecución

El 9 de enero de 2021, la decisión emitida por el Tribunal Especializado en el Caso Evans quedó firme. Al no ser posible la apelación en el sistema judicial peruano, la decisión pasó a ser definitiva y ejecutable.

La decisión declara fundadas las pretensiones del fiscal. Esta ordena el decomiso de la cuenta no. 972362 del banco Edmond de Rothschild S.A. a favor del estado peruano y ordena a las autoridades competentes que inicien un procedimiento de ALM con Suiza con el fin de repatriar los activos al Perú⁷⁰.

El marco jurídico de Suiza es habitualmente calificado como sofisticado y vanguardista en lo que respecta a las posibilidades de decomiso y devolución de activos ilícitos⁷¹. En efecto, Suiza cuenta con un enfoque único en materia de recuperación de activos que incluye herramientas legales en materia penal, civil y administrativa⁷². Asimismo, en los últimos 30 años se ha aplicado una política nacional cuyos resultados sitúan a la plaza financiera suiza como uno de los principales centros del mundo en materia de restitución de activos ilícitos⁷³.

Conforme a lo expuesto anteriormente, es importante señalar que Suiza concede asistencia judicial recíproca en materia penal en los casos de decomiso extranjeros no basados en una condena, siempre que el estado requirente sea competente para enjuiciar el delito subyacente⁷⁴ y que el procedimiento extranjero respete las normas procesales reconocidas internacionalmente⁷⁵.

70 Tribunal Especializado Transitorio en Extinción de Dominio (2020), 12 (nota 12).

71 Grupo de Acción Financiera (GAFI), Tercer informe de evaluación mutua sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, Suiza, noviembre de 2005, no. 168.

72 Oscar Solórzano y Stefan Mbiyavanga, “Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción: La recuperación de activos venezolanos”, p. 74-107, consultado el 18 de febrero de 2020, <https://transparencia.org.ve/project/recuperacion-de-activos/>.

73 Puede encontrar más información en <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/financial-centre-economy/illicit-assets-pep.html>.

74 FTR 132 II, p. 178, 187.

75 Tribunal Penal Federal (2013), RR.2013.164 (caso Khozyainov); FTR 133 IV, p. 40, 47; FTR 122 II, p. 140, 142

De este modo, según la legislación suiza, la devolución de activos ilícitos puede producirse en varios escenarios. Por regla general⁷⁶, la restitución se produce tras la ejecución de una sentencia extranjera en Suiza a través de la ALM, pero esta regla sufre varias excepciones. En particular, la legislación suiza permite la restitución de activos ilícitos incluso en ausencia de una orden de decomiso extranjera definitiva y ejecutable⁷⁷. Este procedimiento suizo específico se ha utilizado en algunos casos de gran trascendencia, incluyendo a casos anteriores entre Suiza y Perú⁷⁸.

Box 7: Restitución anticipada (Art. 74a AJIMP)

Según el Art. 74.a de la Ley Federal de Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal (AJIMP)⁷⁹ “a petición de la autoridad extranjera competente, los objetos⁸⁰ o valores incautados como medida cautelar pueden serle entregados al final del procedimiento de asistencia judicial (Art. 80d), con vistas a su decomiso o restitución a la persona con derecho a ello”. Según el Art. 74.a.3 AJIMP, la restitución “puede tener lugar en cualquier fase del procedimiento extranjero, por regla general tras una decisión definitiva y ejecutiva del estado requirente”.

La jurisprudencia ha aclarado que el requisito de una decisión extranjera definitiva y ejecutable puede no aplicarse a petición de la autoridad extranjera en casos claros⁸¹, es decir, cuando la naturaleza ilícita de los activos depositados en Suiza es evidente⁸². El carácter ilícito de los activos se determina en función de los hechos del caso, de los resultados de la investigación suiza y de los procedimientos en el estado requirente⁸³. Además, criterios como el respeto de las garantías procesales en los procedimientos extranjeros, así como la adhesión a las disposiciones pertinentes del Pacto II de las Naciones Unidas⁸⁴ por parte del estado requirente, parecen ser fundamentales en la legislación suiza para poner en marcha procedimientos de restitución (anticipada)⁸⁵.

Usualmente, las autoridades suizas tienen un amplio margen de maniobra⁸⁶ para determinar si se cumplen las condiciones para iniciar un procedimiento de restitución anticipada⁸⁷.

76 Al referirse a la “regla general”, el IMAC deja espacio para las excepciones, que se utilizaron en los casos Marcos y Abacha. Véase Ursula Cassani, «La confiscation de l'argent des potentats : à qui incombe la preuve?», Revista La Semaine judiciaire (2009), p. 236, <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:15967>.

77 El derecho suizo de la ALM no utiliza el término sentencia penal, refiriéndose simplemente a una decisión, que presupone formas más simples (decisiones de derecho civil o administrativo), véase Oficina Federal de Justicia (2009), 65 (nota 70).

78 FTR 123 II 595, considerando 4 y ss. (Caso Marcos); FTR 131 II, p. 169, 175 (Caso Abacha).

79 Ley Federal de Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal (Ley de Asistencia Mutua, AJIMP) de 20 de marzo de 1981 (Estado a partir del 1 de marzo de 2019), RS. 351.1. Versión no oficial en inglés Recuperado de: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1982/846_846_846/en.

80 Estos objetos incluyen, en particular, el producto del delito y su valor de reposición, Véase Oficina Federal de Justicia (2009), 65 (nota 70).

81 FTR 123 II, p. 595, 600; FTR 123 II, p. 134, 137.

82 FTR 123 II, p. 134, 142 y 143. La restitución anticipada es posible cuando el origen ilícito de los activos parece estar claramente establecido o es muy probable, véase FTR 123 II, p. 595, 608 (Caso Marcos).

83 FTR 131 II 169, considerandos 7.2 y 7.6.

84 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), de 16 de diciembre de 1966 entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

85 FTR 123 II, p. 595, considerandos 4 y 5.

86 La restitución anticipada también puede basarse en particular en el interés de Suiza, que se considera esencial en el sentido del Art. 1a AJIMP, de no servir de refugio para los bienes adquiridos ilícitamente por los dictadores.

87 FTR 123 II, p. 595, considerando 4e; FTR 123 II 134, considerando 1.4.

El art. 74a IMAC codifica décadas de jurisprudencia suiza en materia de recuperación de activos y es, por mucho, la forma más rápida y efectiva para que los estados requirentes recuperen activos ilícitos depositados en Suiza⁸⁸.

Otras características de la restitución temprana son:

- Puede producirse en cualquier fase del proceso penal en el estado requirente.
- Los bienes se devuelven para ser utilizados como prueba o a efectos de decomiso en el estado requirente.
- Los bienes devueltos pueden utilizarse para compensar a las víctimas del delito.

Otra posibilidad de restitución de activos ilícitos en el derecho suizo es la ejecución de decisiones extranjeras (sentencia de exequátur) establecida en el art. 94 y siguientes de la AJIMP⁸⁹. Por razones obvias, en estos procedimientos se requiere una decisión extranjera definitiva y ejecutable. En el contexto de este estudio de caso, es importante señalar que la guía oficial del gobierno suizo sobre la asistencia judicial recíproca en materia penal declara:

“Si la entrega [de los activos] se solicita en el marco de la ejecución de una sentencia firme y ejecutiva en el Estado requirente, se considera resuelta la cuestión de si los objetos o los bienes proceden o no de un acto delictivo, así como la de si los objetos o los bienes en cuestión deben ser devueltos o embargados, salvo cuando sea inmediatamente evidente que no es así”⁹⁰.

El Caso Evans parece cumplir los requisitos mencionados en todos los aspectos.

7 Comentario final

El Caso Evans ejemplifica dos elementos del reciente énfasis en la recuperación de activos en el Perú, que es promovido y construido por la proactividad e innovación de fiscales comprometidos. Por un lado, el decomiso de la cuenta en Perú demuestra que la extinción de dominio complementa eficazmente el régimen de persecución penal. Por otro lado, la determinación de las autoridades peruanas de resolver una injusticia histórica en este caso emblemático es una señal de cambio y esperanza que vale la pena destacar.

Esperamos que este caso de estudio permita a los fiscales, a los jueces y también a los responsables políticos comprender algunas de las complejas cuestiones que se plantean y trasladar ese conocimiento a futuros casos de recuperación de activos.

88 Oficina Federal de Justicia (2009), 65 (nota 70).

89 Para más detalles sobre el procedimiento de exequátur suizo, véase Robert Zimmerman (2009), *La Coopération Judiciaire Internationale en Matière Penale*, 727 ss.

90 Véase Oficina Federal de Justicia (2009), 65 (nota 70).

8 Bibliografía

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

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

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

Gálvez, A., 2019. *Extinción de Dominio, Nulidad de actos jurídicos y reparación civil*. 1^{er} Edition. Ius Puniendi, Lima.

Pieth, M., Low, L. and Bonucci, N., eds., 2013. *The OECD Convention on Bribery: A commentary*. 2nd Edition. Cambridge University Press.

Solórzano, O. and Mbiyavanga, S., 2020. 'La recuperación de los activos venezolanos en Suiza'. In *Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción*. Transparencia Venezuela.

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

