

8ª Sesión CCERA

Relatoría

Sergio Rodríguez
Centro de Gestión de Conocimiento
Basel Institute para América Latina

Contenido

1 Acerca de este documento	2
2 El proyecto de ley 3577/2022. ¿Qué se propone realmente?	2
3 Análisis del proyecto de ley. ¿Hacia dónde debe orientarse el debate?	3
3.1 La definición de actividad ilícita va en contra de los instrumentos internacionales, principalmente de la Ley Modelo	3
3.2 La utilización de conceptos del derecho penal desnaturaliza la extinción de dominio, afectando su autonomía e independencia	4
3.3 Limitar la extinción de dominio a actividades delictivas la volvería inaplicable para una serie de supuestos	5
Conclusión	5

1 Acerca de este documento

El jueves 28 de septiembre de 2023 tuvo lugar la octava sesión de la Comunidad de Conocimiento en Recuperación de Activos, en la que se analizó el concepto de actividad ilícita a la luz de la propuesta de modificación del Decreto Legislativo N° 1373, sobre extinción de dominio, en el ordenamiento jurídico peruano.

El Centro de Gestión de Conocimiento del Basel Institute para América Latina brindó los alcances sobre la modificación legislativa y el estado actual de la discusión. Posteriormente, los doctores Sergio Jiménez, Walther Delgado, Gilmar Santander, Alfredo Rebaza y Mariola Paima abordaron desde distintas aristas las implicancias de reducir el ámbito de aplicación de la extinción de dominio a los bienes vinculados a actividades delictivas.

Posteriormente, se contó con los comentarios de los miembros de la CCERA participantes de esta sesión.

Así, a continuación, se desarrollan brevemente las principales ideas expuesta en la 8ª sesión de la CCERA.

2 El proyecto de ley 3577/2022. ¿Qué se propone realmente?

El proyecto de ley 3577/2022 propone dos modificaciones al articulado del Decreto Legislativo N° 1373, sobre extinción de dominio. Respecto al objeto de la discusión en la sesión de la CCERA, se propone la modificación del numeral 3.1. del título preliminar de la norma, respecto a la definición de actividad ilícita. Así, esta quedaría definida como *“toda acción u omisión **delictiva** contraria al ordenamiento jurídico **penal** relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo”*.

Debe tomarse en cuenta, además, que la remisión que prevé dicho artículo está referida a un catálogo de actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal, ampliable a otras con capacidad para generar activos. Además, este listado también incluye otras actividades vinculadas con la criminalidad organizada.

Los argumentos que sustentan la propuesta de ley se encuentran plasmados en la exposición de motivos presentada por el congresista proponente, y son los siguientes:

- **El espíritu de la ley.** La institución de la extinción de dominio ha sido pensada para atacar bienes vinculados a delitos que sean, además, manifestación de la criminalidad organizada. Sin embargo, actualmente esta herramienta vendría utilizándose para atacar activos provenientes de otros ilícitos, como los administrativos, lo que la desnaturalizaría como herramienta de lucha contra el crimen organizado.

- **El principio de proporcionalidad.** Al ser la extinción de dominio una limitación al derecho de propiedad, ya que se niega la protección o reconocimiento del ordenamiento jurídico, se justificaría que esta consecuencia tenga~~ae~~ su origen en ilícitos penales y no en otro tipo de actividad cuya gravedad es menor.
- **La prevención de delitos como fin de la pena.** Se cita en el proyecto de ley el artículo XI del título preliminar del Código Penal, que hace referencia al fin de la pena y de las medidas de seguridad, para concluir que la extinción de dominio es un mecanismo para la lucha contra las organizaciones criminales y, por ende, para la prevención de delitos.
- **La culpabilidad como requisito de la sanción.** A pesar de que la extinción de dominio es independiente y autónoma del proceso penal, como figura contra el crimen organizado es necesario que se verifique la culpabilidad del sujeto y que este forme parte de una organización criminal y que, en esa condición, genere ganancias ilícitas

3 Análisis del proyecto de ley. ¿Hacia dónde debe orientarse el debate?

En el trámite legislativo del proyecto de ley el debate ha girado en torno tanto al texto de la propuesta como a los fundamentos de esta. Así, los argumentos que motivan la oposición a una definición de la actividad ilícita en función a actividades delictivas son los siguientes:

3.1 La definición de actividad ilícita va en contra de los instrumentos internacionales, principalmente de la Ley Modelo

Vincular el concepto de actividad ilícita a aquellas que se encuentran tipificadas en la ley penal iría en contra de instrumentos internacionales~~es~~ suscritos por el Perú, como la Convención de Palermo o la Convención de Mérida. Además, se olvida que la Ley Modelo de Extinción de Dominio ampl~~í~~ia la definición de actividad ilícita a cualquier actividad que el legislador nacional considere susceptible de aplicación, por lo que no podría afirmarse que ~~existe que~~ el espíritu de la institución sea responder únicamente a actividades delictivas.

No obstante, es importante tener en cuenta que tanto la Convención de Palermo como la Convención de Mérida prevén respuestas frente a conductas delictivas como el crimen organizado, el lavado de activos o delitos de corrupción de funcionarios, y por ende, como forma de respuesta y prevención frente a estos, se prevé la utilización de herramientas que atacan el patrimonio ilícitamente obtenido o utilizado.

Pero, además, la Ley Modelo parte de consagrar como elemento esencial de la extinción de dominio la existencia de una relación ilícita entre la persona y el bien, la misma que se reconduce a la existencia de un delito. Empero, por tratarse de una herramienta autónoma del proceso penal, era necesario utilizar un lenguaje que permita transmitir esta

desvinculación formal del derecho penal, por lo que se decidió utilizar el concepto de actividad delictiva.

No obstante, dado que en algunos ordenamientos jurídicos se decidió ampliar el catálogo de actividades ilícitas, la redacción de la Ley Modelo incluyó una cláusula que protegía la seguridad jurídica, haciendo depender del legislador nacional la decisión de incorporar otro tipo de ilicitud. Sin embargo, esta decisión no puede ser dejada al juez.

Sobre este último punto, en la jurisprudencia peruana se advierten dos posturas: por un lado, cierto sector de la judicatura sostiene un concepto amplio de actividad ilícita, partiendo del concepto de ordenamiento jurídico y, por ende, de diferentes ilicitudes: penales, administrativas o civiles. Por otra parte, un sector minoritario defiende un concepto reducido, a partir de concebir que se está frente a una cláusula de interpretación analógica que debe aplicarse reconociendo lo común a todas las actividades previamente establecidas en el artículo I del DL 1373: su carácter delictivo.

En suma, la herramienta de extinción de dominio sí tiene una estrecha vinculación con la lucha contra actividades delictivas generadoras de riqueza, donde encuentra el vínculo de ilicitud que legitima la extinción de dominio. Esta vinculación se encuentra recogida tanto en los instrumentos internacionales como en la propia Ley Modelo. Y esto queda demostrado además a partir de la utilización de los mecanismos de cooperación judicial internacional, donde de manera mayoritaria se vienen utilizando la asistencia judicial internacional en materia penal en el marco de los procesos de extinción de dominio. Utilizar otro tipo de actividades ilícitas – no delictivas – dificultaría el rendimiento de esta herramienta en los principales ordenamientos jurídicos extranjeros.

Esta conclusión, como puede advertirse, no se desnaturaliza el instituto de la extinción de dominio. El concepto de actividad ilícita limita sus alcances, circunscribiendo los bienes que serán objeto de extinción. Sin embargo, sus rasgos característicos no dependen de este concepto, esto es, no se trata de un elemento estructural. –Mientras se mantenga su naturaleza *in rem* o real, que se pronuncia únicamente por el reconocimiento del derecho de propiedad, y se trate de una acción autónoma e independiente, la extinción de dominio se mantendrá inalterada aún cuando haya una expresa mención a actividades previstas como delito.

3.2 La utilización de conceptos del derecho penal desnaturaliza la extinción de dominio, afectando su autonomía e independencia

El proyecto de ley, al hacer referencia a los fines de la pena y a la necesidad de acreditar la culpabilidad de la persona, buscaría, de manera soterrada, hacer depender la extinción de dominio de una sentencia penal, vulnerando de esta manera los principios de autonomía e independencia.

Evidentemente, la extinción de dominio tiene una naturaleza real o *in rem*, lo que significa que esta se dirige no contra una persona sino contra un bien y, por ende, no busca la declaración de responsabilidad penal de aquella, sino ~~solo pronunciarse sobre~~ el reconocimiento del derecho de propiedad que se ejerce sobre el bienestar. Ello, como se ha señalado, es un rasgo estructural de la institución, y así se mantiene en el articulado del DL 1373.

No obstante, el problema, en apariencia, se genera por su incorporación en la exposición de motivos del proyecto de ley, esto es, en la fundamentación que aporta el legislador que propone la reforma. Empero, se trata precisamente de ello, de un problema aparente, ya que no solamente no propone la modificación del artículo 2.3. del título preliminar, que señala la autonomía e independencia del proceso de extinción de dominio, o del artículo 3, que consagra su naturaleza jurídica.

Más importante aún, se trata de un problema aparente porque cualquier conflicto entre una norma jurídica y la justificación que aporte un legislador debería resolverse en favor de la primera. Aunado a ello, en la labor de interpretación jurídica se debe preferir criterios objetivos como la finalidad de la norma o su sistematicidad, antes que criterios subjetivos como la voluntad, ya no del legislador que aprueba la norma, sino del proponente de esta.

3.3 Limitar la extinción de dominio a actividades delictivas la volvería inaplicable para una serie de supuestos

Entender la actividad ilícita como aquella tipificada por el derecho penal haría que no se pueda aplicar la extinción de dominio a otras actividades, afectando con ello su capacidad de rendimiento.

Como se ha señalado, la extinción de dominio nace para hacer frente a la gran criminalidad económica. Este objetivo se mantiene aun con la reforma propuesta, ya que, nuevamente, ninguna de las causales se ve afectada por la existencia de nexo de ilicitud penal.

Además, que el éxito de la extinción de dominio en el Perú no se pone en tela de juicio queda demostrado por las estadísticas del subsistema especializado, según las cuales la totalidad de sentencias obtenidas corresponden a actividades delictivas. Además, como se ha advertido, la vinculación de bienes a actividades delictivas refuerza la capacidad de rendimiento del instituto en las principales plazas financieras internacionales.

Conclusión

Identificar adecuadamente el problema jurídico es un paso esencial para cualquier debate. En este caso, el problema que debe ser discutido y analizado por parte del legislador peruano es si es legítimo acotar el ámbito de actuación de la extinción de dominio a los bienes vinculados únicamente a actividades delictivas.

La respuesta a este problema debería considerar cuál es el rol del concepto de actividad ilícita dentro de la institución de la extinción de dominio, y cuál es fin constitucional que persigue esta. Teniendo en cuenta ello, si se afirma que la extinción de dominio, como forma de decomiso sin condena, es una herramienta de política criminal que busca hacer frente a la criminalidad económica, previniendo y componiendo las situaciones ilícitas generadas por graves formas de criminalidad, entonces se puede afirmar también que es proporcional a esta finalidad que se acote su ámbito de actuación en atención al subprincipio de idoneidad.

Pero, además, si se tiene en cuenta que la extinción de dominio tiene una naturaleza eminentemente real, que deriva no solo de su propia esencia – se discute el reconocimiento del derecho de propiedad sobre un bien – sino también de su regulación en el ordenamiento jurídico peruano, entonces, la propuesta legislativa analizada no va en contra de la extinción de dominio, sino por el contrario refuerza su eficacia principalmente de cara a la cooperación judicial internacional.