



Suiza

La recuperación de los activos Venezolanos en Suiza

Oscar Solórzano
Stefan Mbiyavanga¹

ÍNDICE

1 Sobre esta publicación	74
2 Público objetivo	74
3 Escenarios de trabajo	75
4 Recuperación de activos	76
4.1 Objetivo de la recuperación de activos	
4.2 Definición de activos	
4.3 Concepto de la recuperación de activos	
5 Recuperación de activos en el marco del proceso penal venezolano	80
5.1 Aspectos generales de la ALM en Suiza	
5.1.1 Objetivo, base legal y características	
5.1.2 Concepto y partes	
5.1.3 Condiciones	
5.2 Inicio del procedimiento de ALM	
5.3 Redacción de la solicitud de ALM	
5.4 Envío de la solicitud de ALM	
5.5 Ejecución de la solicitud de ALM en Suiza	
5.5.1 Levantamiento del secreto bancario	
5.5.2 Incautaciones	
5.5.3 Ejecución de sentencias extranjeras de decomiso en Suiza	
5.5.4 Ejecución de órdenes de decomiso sin condena (extinción de dominio)	
5.6 Procedimiento	
5.7 Transmisiones espontáneas	
6 Recuperación de activos en el marco del proceso penal suizo	96
6.1 Aspectos generales	
6.1.1 Competencia jurisdiccional	
6.1.2 Participación de Venezuela y sus instituciones como actor civil	
6.2 Identificación	
6.3 Incautación	
6.4 Decomiso	
6.4.1 Marco jurídico	
6.4.2 Marco procesal	
6.5 Restitución	
6.6 Venezuela como estado requerido	
7 Recuperación de activos en la Ley federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito	102
7.1 Incautación	
7.2 Decomiso	
7.3 Restitución	
7.4 Vías de derecho	
8 Recuperación de activos en el marco del proceso civil suizo	105
8.1 Bloqueo de activos	
8.2 Restitución	
9 Referencias doctrinales	107
10 Abreviaciones	107

1 SOBRE ESTA PUBLICACIÓN

El título de un periódico suizo de distribución nacional de enero de 2019 refirió: “Suiza es un refugio para los sobornos venezolanos”.²

En efecto, las investigaciones penales en Suiza, Estados Unidos, Brasil y otros países brindan algunas pistas de cómo el sistema financiero suizo ha sido abusado de manera sistemática para malversar fondos públicos del Estado venezolano. La prensa suiza³ e internacional⁴ regularmente informan de los complejos esquemas de corrupción que han sido utilizados para disimular activos ilícitos con la connivencia de la banca *offshore*. Asimismo, las investigaciones judiciales de diversos centros financieros han revelado la reiterada utilización de estructuras jurídicas en los esquemas de corrupción y de lavado de activos que involucrarían a funcionarios venezolanos y cuentas en la banca suiza⁵. Por otro lado, se conocen de aportes clandestinos a campañas políticas en Venezuela a través de cuentas en la plaza financiera suiza⁶.

Por tomar un ejemplo, la empresa estatal Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) - que, según expertos, genera a Venezuela más del 90% de sus ingresos de exportación⁷ - está en el centro de los numerosos escándalos de corrupción que sacuden al país. Los reportes de crónica judicial de varios países publican detalles de los juicios que enfrentan personas cercanas al régimen en jurisdicciones extranjeras donde se decide la suerte de los activos incautados.

La presente publicación tiene como objeto facilitar la labor de las autoridades venezolanas competentes para los procesos internacionales de recuperación de activos. Se describe de manera general el marco legal e institucional de un proceso de recuperación de activos en Suiza con la finalidad de aportar claridad sobre las distintas opciones legales que ofrece el derecho helvético. Por último, la presente publicación contiene varios temas de reflexión académica que pueden ser profundizados en un ambiente universitario.

2 PÚBLICO OBJETIVO

Esta publicación está dirigida principalmente a los operadores de justicia y otros actores que se enfrentaran a la problemática de la recuperación de activos de la corrupción transnacional en Venezuela.

Asimismo, se dirige a los actores políticos involucrados en la reforma del marco legal e institucional de la recuperación de activos en Venezuela.

2 Luzerner Zeitung, 27 de enero de 2019, Die Schweiz ist ein Hafen für venezolanische Schmiergelder.

3 Aargauer Zeitung, 9 de febrero de 2019, Banker frösteln wegen venezolanischem Korruptionssumpf: Jetzt ermittelt auch die Bundesanwaltschaft.

4 Guardian, 18 de febrero de 2019, Panama Papers ‘tightened the noose’ on offshore assets of Maduro’s inner circle; Reuters, 21 de febrero de 2018, Watchdog probes Swiss banks over links to Venezuela graft case.

5 Cf. por ejemplo: United States District Court, Southern District of Texas, Houston Division, Decisión No. 19CR341, US v. Jose M. Gonzalez-Testino, 14 de mayo de 2019; Gotham City, 29 de enero 2020, PDVSA: enquête américaine se rapproche des intermédiaires suisses; Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 1C_502/2019 del 30 de Octubre de 2019.

6 O Estadão de S.Paulo, 17 de febrero de 2019, Suíça investiga propina à oposição venezuelana.

7 Reuters, 26 de diciembre de 2018, Special Report: oil output goes AWOL in Venezuela as soldiers run PDVSA.

3 ESCENARIOS DE TRABAJO

A la fecha, Venezuela no parece querer ser protagonista en los esfuerzos para recuperar los activos robados⁸. Sin embargo, como lo demuestra la experiencia de otros países que han sido víctimas de corrupción pública, la situación puede cambiar rápidamente en el contexto de los cambios democráticos transicionales.

Como se reporta en los medios internacionales especializados, una proporción importante de los activos venezolanos sigue albergada en el centro financiero suizo. Cuando las condiciones en el nivel político y legal se cumplan en Venezuela, las autoridades competentes

estarán llamadas a iniciar la planificación e implementación de estrategias de recuperación de activos.

En vista de lo anterior, la presente contribución describe brevemente los mecanismos disponibles en el derecho suizo en relación a procesos internacionales de recuperación de activos.

Esta contribución identificará leyes e instituciones involucradas en los procesos de recuperación de activos y expondrá algunas experiencias prácticas reproducibles en el contexto venezolano.

Estructura del texto

Breve reseña de los conceptos básicos del proceso de recuperación de activos desde la perspectiva suiza **(Sección 4)**.

Posibilidades para solicitar Asistencia Legal Mutua en materia penal de Suiza (ALM), para lograr la recuperación de activos en el marco de un proceso penal venezolano **(Sección 5)**.

Posibles escenarios de recuperación que existen en el marco jurídico suizo. Es decir:

- Posibilidades para recuperar activos en el ámbito de un procedimiento penal en Suiza **(Sección 6)**
- Posibilidades para recuperar activos en el marco de un procedimiento administrativo especial en Suiza **(Sección 7)**
- Posibilidades para recuperar activos en el en el proceso civil suizo **(Sección 8)**

⁸ Gotham City, 23 de enero de 2020, Le Venezuela ne collabore pas: la Suisse classe la procédure contre Hector Dáger.

4 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

4.1 Objetivo de la recuperación de activos

El sistema de justicia penal suizo está principalmente concebido para castigar a los responsables de un hecho punible. Sin embargo, con respecto a la delincuencia económica generadora de ganancias ilícitas, la legislación suiza dispone de un amplio marco legal que le permite dirigir la acción de la justicia al incentivo económico (los activos ilícitos), con el fin de recuperarlos y regresarlos al erario.

Este objetivo es múltiple y deriva esencialmente del principio socio-ético de suma importancia para la sociedad democrática según el cual el criminal no puede disfrutar del beneficio que le genere el crimen. En ese contexto, Suiza y otros estados de la comunidad internacional han suscrito un gran número de tratados y convenios multilaterales internacionales que abordan específicamente a la recuperación de activos. Por el efecto vertical del derecho internacional, las disposiciones son aplicables a los estados signatarios y constituyen una base inicial para guiar los procesos internacionales de recuperación de activos.

Cabe mencionar, en particular, a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), en la cual la restitución de activos a los estados víctima del delito se considera como principio fundamental⁹ y se aborda en todo un capítulo (Capítulo V). Suiza y Venezuela son Estados Parte de la CNUCC.

4.2 Definición de activos

Los tratados internacionales en materia de recuperación de activos suelen contener definiciones amplias de activos o bienes. Tomando el ejemplo de la CNUCC, los activos pueden ser corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, e incluyen también los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

En el contexto de delitos de corrupción, los activos suelen asumir las siguientes formas:

- **Sobornos**

Las comisiones ilícitas recibidas por el funcionario se encuentra frecuentemente en el centro de esfuerzos de recuperación. En muchos casos, el soborno se esconde en centros financieros internacionales o se invierte, por ejemplo, en bienes raíces.

- **Fondos “ilícitos” destinados a campañas políticas**

Se trata de contribuciones, por ejemplo, de grupos empresariales, a las campañas políticas de candidatos válidos con el fin de crear una dependencia contraria a la ley. Algunas teorías permiten la recuperación de este tipo de activos en la medida en que se demuestren los elementos del delito de lavado de activos (carácter ilícito de los fondos de campaña y el conocimiento del receptor, al menos por dolo eventual) ya que, en los casos estudiados, existen evidentes maniobras de disimulación de parte del candidato recipiente.

⁹ Art. 51 CNUCC.

- **Fondos públicos malversados**

Los fondos públicos malversados a través de actos de corrupción también pueden ser objeto de un proceso de recuperación de activos. Esto incluye, por ejemplo, los activos del peculado, el simple hurto de activos públicos, pero también las ganancias ilícitas de las empresas privadas que se enriquecen de manera corrupta en el marco de proyectos con el estado.

- **“Kick backs”**

Los expertos financieros, auditores, contables y otros especialistas que desempeñan funciones claves en los esquemas de corrupción y lavado de activos suelen desviar un porcentaje de las sumas de los montos transferidos hacia sus propias cuentas. En algunos casos, estos activos también pueden recuperarse.

4.3 Concepto de la recuperación de activos

La recuperación de activos puede ser varias cosas en varios contextos. Desde un objetivo de política criminal hasta un objetivo social. Para efectos de esta publicación, sin embargo, la recuperación de activos es entendida como un proceso legal de carácter internacional que pone en relación a estados soberanos y que hace intervenir a diferentes instituciones judiciales y gubernativas, así como a marcos jurídicos, por lo general no armonizados, en un contexto internacional.

El proceso de recuperación de activos consta de cuatro fases:

- En la fase de **identificación** de activos, las autoridades administrativas y judiciales rastrean y localizan los activos potencialmente ilícitos. Normalmente, requiere de especialistas capacitados en el uso de diferentes técnicas de investigación financiera y marcos normativos que fomenten la interoperabilidad del sistema de detección de activos, donde un rol preponderante lo tienen las Policías financieras, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) y los Ministerios Públicos a través de sus fiscalías especializadas.
- La fase de **incautación o bloqueo** de activos tiene por objeto impedir la disipación, movimiento o destrucción de activos. Se trata de una medida cautelar de carácter temporal que afecta la posesión de los activos. En general, esta medida es ordenada por la fiscalía, el juez u otra autoridad competente.
- La fase relativa al **decomiso** de los activos ilícitos es la fase judicial donde opera concretamente la recuperación desde el punto de vista jurídico. En principio, el decomiso es ordenado por un juez al término de un proceso judicial. Siendo una medida definitiva que afecta la propiedad (titularidad) y presupone el establecimiento del vínculo causal entre el activo y la actividad ilícita que lo origina, en conformidad con las condiciones legales establecidas por la normativa aplicable. El decomiso tiene un efecto traslativo de la propiedad al estado.

- La **restitución o disposición** de activos¹⁰ es la fase final del proceso de recuperación de activos, en la que la decisión de decomiso se ejecuta y los activos decomisados se repatrian al estado víctima.

Cabe mencionar que las 4 fases no son necesariamente consecutivas. Se trata simplemente de una sistematización didáctica y teórica incorporada en la CNUCC que permite una comprensión sistemática de un proceso eminentemente complejo.

Por otro lado, estas fases pueden llevarse a cabo en diferentes jurisdicciones. Por ejemplo, es posible que los activos sean identificados e incautados en Suiza y luego decomisados por las autoridades venezolanas, para finalmente tratar de recuperarlos a través de los mecanismos de la cooperación internacional en materia penal.

En aras de la simplificación y de una presentación más clara, a continuación, se distinguen por separado dos escenarios básicos:

Escenario **1** La recuperación de los activos ilícitos interviene en un proceso penal principal en Venezuela y bajo el marco normativo venezolano en la materia. **Proceso penal en Venezuela**

En el marco de una investigación penal en Venezuela, las autoridades pueden solicitar una ALM a Suiza, con la finalidad de, por ejemplo, obtener información sobre activos ubicados en cuentas suizas y solicitar su incautación, interrogar a testigos y otras medidas investigativas, en principio, sin restricción.

La incautación se realiza “con fines de decomiso”. Es decir, el aseguramiento de los activos y la información solicitada se justifica en la existencia de un proceso penal en curso en Venezuela donde el objetivo es la condena del criminal y el decomiso de los activos relacionados a sus crímenes. De este modo, las informaciones solicitadas alimentan el acervo probatorio en Venezuela con miras a obtener un decomiso judicial de los activos en el cual un juez (u otra autoridad competente) ordena el decomiso de los activos y su reincorporación al tesoro público.

Una vez obtenidos las órdenes de decomiso en el sistema de justicia de Venezuela sobre los activos malversados ubicados en Suiza, Venezuela deberá utilizar los mecanismos de la ALM con las autoridades suizas para ejecutar el decomiso ordenado por el juez venezolano en Suiza. Varias excepciones pueden existir a este principio en el marco de procesos complejos de recuperación de activos.

¹⁰ Art. 57(5) CNUCC.

Escenario la recuperación de los activos ilícitos interviene en el marco de un procedimiento principal – penal, administrativo o civil - en Suiza.

2

Proceso en Suiza

Alternativamente - o en paralelo - se puede llevar a cabo un proceso penal en Suiza. Existen varias opciones para las autoridades venezolanas de participar en este proceso y brindar elementos de prueba para que Suiza pueda identificar, incautar y decomisar los activos como parte de la persecución del delincuente o en el marco de un proceso de decomiso sin condena.

Las tratativas entre las autoridades suizas y venezolanas podrían definir las modalidades de restitución de los activos a Venezuela. La jurisprudencia constante de los tribunales suizos confirma que la restitución de los activos de la corrupción es una prioridad para Suiza.

Desde hace más de 30 años, el derecho suizo ha desarrollado un marco legal único en el mundo para restituir activos en los ámbitos penal, civil y administrativo. Por ese motivo, la coordinación con las autoridades suizas desde el inicio de cualquier intento de recuperación de activos en la plaza financiera suiza, parece una pieza clave de la estrategia.

Ambos escenarios serán analizados en mayor detalle. En primer lugar, se analizarán las opciones para cooperar con las autoridades suizas en el marco de un proceso penal en Venezuela (Sección 5.). En segundo lugar, se esbozarán las oportunidades para Venezuela de recuperar activos dentro de un proceso penal, administrativo o civil en Suiza (Sección 6 y ss.).

5 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL VENEZOLANO

Esta hipótesis de trabajo se realiza cuando las autoridades penales venezolanas inician un proceso penal sobre la base de hechos punibles de su competencia que resultan en la transferencia de activos ilícitos a una o varias cuentas bancarias en Suiza

El proceso penal en el Estado Requirente o víctima (Venezuela), en el cual el juez penal ordena el decomiso definitivo y ejecutable sobre los activos ubicados en Suiza, sigue siendo la forma ordinaria para recuperarlos en un contexto internacional. El derecho suizo considera que, en principio, la restitución de los activos se efectúa sobre la base de una sentencia final en materia penal que se pronuncia sobre la titularidad de los activos¹¹. Como consecuencia de ello, se crea una interacción entre dos estados que tiene efectos sobre la aplicación de normas exclusivamente nacionales, entre otras cosas.

El derecho aplicable a esta interacción contempla una serie de herramientas normativas de carácter administrativo y penal que se aplican en el contexto de las relaciones internacionales entre estados soberanos, las que son reguladas por el derecho internacional público. La ALM es el mecanismo procesal que hace posible la interacción entre los estados. Su propósito es favorecer la persecución de crímenes graves en un contexto internacional. Dicho de otro modo, la ALM es el mecanismo procesal que permite la aplicación del derecho material penal de fondo en un contexto internacional, de allí que se desarrolla en el contexto de la cooperación judicial en materia penal.

Por lo expuesto, esta contribución define someramente los conceptos básicos de la de asistencia legal mutua en materia penal (ALM).

5.1 Aspectos generales de la ALM en Suiza

5.1.1 Objetivo, base legal y características

La persecución de los crímenes económicos y la libre circulación de capitales reposan sobre lógicas antagónicas. De un lado, el libre intercambio de capitales en el sistema financiero internacional es objeto de regulaciones mínimas para facilitar las transacciones internacionales vitales para la economía; de otro, sin embargo, la justicia penal está, en principio, circunscrita al espacio geográfico y territorial del estado que persigue el crimen. Esta dicotomía, tendrá consecuencias importantes en los esfuerzos de las autoridades venezolanas para perseguir a los perpetradores de los crímenes y para recuperar los activos de la corrupción. La ALM es la herramienta que permiten a los Estados prestarse mutuamente asistencia en la lucha contra la criminalidad internacional. La ALM es una herramienta que ha sido diseñada para realizar actuaciones procesales en el extranjero, como por ejemplo, la identificación de hechos, informaciones y elementos de prueba¹² con el fin de facilitar la represión de delitos internacionalmente.

¹¹ Ver Artículo 74a LALM. La misma regla existe en el Artículo 57(3) CNUCC; guía Legislativa, p. 328, nota interpretativa: A/58/422/Add.1, párr. 69. En ambos cuerpos legislativos, la condición de una sentencia final y ejecutable puede sufrir excepciones.

¹² Zimmermann 2019, 798.

Por otro lado, el principio de soberanía prohíbe cualquier acto oficial de un estado extranjero sobre el territorio suizo sin el consentimiento de la autoridad competente. La primera consecuencia del principio de soberanía es que en los procesos internacionales de restitución de activos Suiza aplicará prioritariamente su propio derecho en los pedidos de ALM venezolanos (principio de territorialidad). Todos los principios penales administrativos y constitucionales del derecho suizo son en principio aplicables a las medidas de ALM solicitadas por Venezuela. A defecto de tratado bilateral entre Suiza y Venezuela, la base legal y los principios aplicables para la ALM en los procesos de recuperación de activos se definen en tratados internacionales multilaterales como, por ejemplo, la CNUCC¹³. La ejecución de las medidas de ALM solicitadas por Venezuela se realizarán en Suiza sobre la base de la “Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua” (LALM).¹⁴

Sus características principales son:

La ALM es legal, porque se ordena, para los fines de un proceso judicial en el estado requirente¹⁵.

La ALM es internacional, porque pone en relación a autoridades de diferentes estados, el Estado Requirente (o recipiente) y el Estado Requerido (o víctima).

La cooperación se efectúa en materia penal, porque trata de facilitar la represión de una actividad reprimida por el derecho penal material. Así se distingue de la cooperación en materia civil y de la cooperación en materia administrativa¹⁶.

Cabe señalar que las autoridades suizas pueden brindar ALM a instituciones administrativas, en la medida en que estas disponen de poderes sancionatorios y que las informaciones serán explotadas en el marco de un proceso relacionado con un comportamiento incriminatorio. Asimismo, los procedimientos que sirven para el decomiso o la restitución de activos delictivos también se califican como materias penales, incluso si un tribunal civil o administrativo del Estado requirente decide sobre ellos.¹⁸

5.1.2 Concepto y partes

La ALM es una de las varias formas de cooperación judicial en materia penal, que incluyen a la extradición, la transferencia de imputados o sentenciados y al ejecución de decisiones judiciales extranjeras. A través de la ALM – también conocida como asistencia jurídica internacional, carta rogatoria, cooperación penal internacional auxiliar o auxilio judicial – se pueden realizar todos los actos oficiales y procesales relacionados con los procesos penales en Venezuela.

¹³ Ver, por ejemplo, art. 46 y 57 CNUCC.

¹⁴ Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua, SR. 351.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19810037/index.html>

¹⁵ Por lo general, se entiende como proceso judicial aquel proceso que ofrezca la posibilidad de llamar a un Juez. La calidad de Juez se determina con base a los principios encontrados en el artículo 13(1) del Pacto NU I

¹⁶ Cabe señalar, que los estados generalmente aplican una interpretación sumamente amplia del término materia penal. En Suiza, por ejemplo, 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. POPP 2000, 4; Zimmermann 2019, 6 et seq.

¹⁷ Comentario de Basilea-LALM-Heimgartner, Art. 64, párr. 34.

¹⁸ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 125 II 258.

La ALM pone en relación a dos o más estados soberanos: Se distingue entre el Estado que solicita la cooperación (el Estado Requirente) y el que recibe el pedido (el Estado Requerido).

El Estado Requirente

In casu, Venezuela que solicita la ejecución de una medida de ALM, para progresar en una investigación o un proceso judicial llevado a cabo por sus propias autoridades o para ejecutar una orden de decomiso.

Estado Requerido

In casu, Suiza cuyas autoridades reciben la solicitud de cooperación y cuya regulación se aplicará a la ejecución del acto solicitado.

En la dinámica de la ALM puede existir un intercambio de roles entre estas categorías. Suiza puede, por ejemplo, tener un interés en utilizar la ALM con Venezuela para identificar elementos probatorios útiles a una investigación suiza por lavado de activos u organización criminal cuyos delitos precedentes se realizaron en Venezuela. En la práctica, esta situación es bastante común, por lo que la coordinación estrecha entre autoridades centrales de ambos estados para explorar las sinergias e intereses mutuos, resulta estratégicamente útil.

5.1.3 Condiciones

Debido a que Suiza y Venezuela no han concluido un acuerdo sobre ALM, las condiciones de la ALM que permiten a las autoridades suizas brindar asistencia a sus contrapartes venezolanas se definen según la normatividad doméstica de Suiza: La Ley Federal sobre Asistencia Legal Mutua (LALM).

A continuación, se presentan brevemente algunos de las condiciones básicas:

- **Materia penal y reciprocidad:** Suiza podrá otorgar ALM a las autoridades venezolanas, siempre y cuando se haya iniciado una investigación penal en Venezuela por una autoridad competente, material y jurisdiccionalmente. Venezuela debe por su parte, garantizar la reciprocidad¹⁹.

¹⁹ Art. 8 y 63(3) LALM.

Es decir, que las autoridades venezolanas se comprometen a través de una declaración explícita a brindar ALM a las autoridades suizas en un contexto análogo (cláusula de reciprocidad).

- **Exclusión de los delitos fiscales:** El derecho suizo excluye la ALM en lo que concierne los delitos en materia fiscal, con excepción del delito fraude o la estafa fiscal.²⁰
- **Crímenes propicios a la ALM:** Por un lado, las infracciones perseguidas en Venezuela deben tener cierta gravedad para dar lugar a la ALM. Por otro lado, en el caso particular de las investigaciones por lavado de activos (o de organización criminal,) Venezuela deberá precisar en un estándar adecuado el o los delitos subyacentes para que Suiza pueda otorgar la ALM. Cabe señalar que, el derecho suizo divide las infracciones penales en contravenciones, delitos y crímenes. Solo estos últimos pueden, según el derecho suizo, constituir delitos precedentes del lavado de activos.²¹
- **Doble incriminación:** Los hechos expuestos en la solicitud de ALM tienen que corresponder a los elementos de una infracción reprimida no solamente por el derecho del Estado Requirente, sino también por el derecho penal suizo (Condición de doble incriminación)²². No se exige que

los actos descritos en la solicitud reciban la misma calificación jurídica (nomen iuris) en la legislación de los dos Estados o que sean punibles con penas equivalentes²³. Basta con que los actos constituyan delitos en ambos Estados que normalmente dan lugar a la ALM²⁴. Por otro lado, en el escenario según el cual se solicita ALM sobre la base de varias infracciones, es suficiente que una de ellas respete la doble incriminación para ejecutar la medida solicitada. Al respecto cabe precisar que Suiza no proporcionará ninguna asistencia en las investigaciones o procedimientos relacionados con infracciones que considere como actos de naturaleza política²⁵, o cuando se trate de infracciones de carácter militar.²⁶

- **Doble incriminación en práctica**
- La ausencia de la doble incriminación es una de las razones más comunes para el rechazo de solicitudes de ALM en Suiza. Por lo tanto, es de enfatizar la importancia de formular los hechos contenidos en las solicitudes de manera que las autoridades suizas puedan subsumirlas en una norma penal suiza. Es decir, el ejercicio hipotético según el cual la autoridad suiza determina, a partir de una apreciación de los hechos subyacentes de la solicitud de ALM, si los hechos descritos en la asistencia hubieran ocurrido en territorio suizo

20 Art. 3(3) LALM; OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

21 Ver Título 2: Condiciones de la represión, art. 10 ss y 305bis (lavado de activos) del Código Penal suizo.

22 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 2.

23 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 124 II 184; 117 Ib 338; 112 Ib 225.

24 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 124 II 184; 117 Ib 338; 112 Ib 225.

25 Art. 3 LALM.

26 Art. 3 LALM; Por ejemplo, el rechazo a servir en el ejército o la desertión.

hubieran dado lugar a una persecución de carácter penal (interpretación abstracta de la doble incriminación).

Al respecto, cabe destacar que, Suiza no ha penalizado el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencia. Por consiguiente, la persecución del delito de lavado de activos sobre la base de estos delitos previos puede resultar problemática. No obstante, Suiza puede brindar ALM en los procesos extranjeros que investigan conductas corruptas sobre la base de estas disposiciones penales no tipificadas en Suiza, si la descripción de los hechos contiene claros indicios de, por ejemplo, el pago de comisiones ilícitas, lo que constituiría en Suiza el crimen de corrupción.

- **Derechos fundamentales, estado de derecho y orden público:** Los defectos graves del procedimiento extranjero (por ejemplo, las violaciones a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) o al Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos) constituyen asimismo motivos para la denegación de ALM²⁷. La solicitud de ALM será igualmente inadmisibles cuando el procedimiento en el extranjero tienda a perseguir o a castigar a una persona por causa de sus opiniones políticas, de su pertenencia a un grupo social determinado, de su raza, religión o de su nacionalidad.²⁸

- **Especialidad:** Es el principio según el cual la ALM se concede a condición de que las autoridades del Estado Requirente utilicen los elementos de prueba (por ejemplo, documentos bancarios) únicamente para fines de investigación o como medios de prueba en procedimientos relativos a infracciones para las que la ALM fue admitida²⁹. Este principio es una expresión de la soberanía de Suiza quien decide, incluso después de la ejecución de la ALM, sobre el destino y utilización de los elementos de prueba recabados por sus autoridades y en su territorio.

Especialidad en la práctica

- La arquitectura institucional de varios de los ministerios públicos de Sudamérica organiza a la persecución penal en fiscalías especializadas según los delitos que se persiguen. Pueden, por ejemplo, existir fiscalías que persigan independientemente y sin coordinación aparente los delitos de corrupción, lavado de activos y organización criminal.
- Potencialmente las informaciones obtenidas por una de estas fiscalías especializadas son de interés de las otras que investigan el mismo hecho punible desde una perspectiva distinta, i.e. la fiscalía especializada en corrupción investiga el acto corrupto mientras que la fiscalía de lavado de activos los mecanismos de ocultamiento de los activos ilícitos originados en el acto de corrupción.

27 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

28 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

29 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 3.

Por este motivo, resulta indispensable en una estrategia de recuperación de activos que exista algún tipo de mecanismos de coordinación entre estas fiscalías y que se planteen soluciones aceptables (cláusulas de especialidad) al Estado Requerido para que la información pueda ser utilizada libremente donde existe unidad del hecho investigado.

- **Proporcionalidad:** El procedimiento de ALM se rige por el principio de proporcionalidad. De manera general, el principio de proporcionalidad requiere que una medida coercitiva sea idónea para obtener un resultado esperado y que éste no puede ser realizado a través de una medida menos invasiva³⁰. El principio exige que la medida no vaya más allá del objetivo esperado y que exista un equilibrio razonable entre este objetivo que se persigue con la medida coercitiva y los intereses públicos o privados comprometidos.³¹

5.2 Inicio del procedimiento de ALM

El procedimiento de ALM se inicia en una investigación fiscal o judicial. Sin embargo, antes de iniciar el procedimiento de ALM, las autoridades venezolanas deben tener en cuenta que la ALM es una entre diversas posibilidades para lograr, por ejemplo, la obtención de información bancaria de Suiza. La ALM debe

considerarse en este sentido como una medida de *ultima ratio*. Un ejemplo clásico consiste en la obtención de información societaria. Para obtener tales datos, las autoridades venezolanas pueden utilizar los datos de fuente abierta o consultar los registros comerciales disponibles en la red³². En el caso de informaciones de carácter financiero que no implican el levantamiento del secreto bancario o que no afectan a la esfera legalmente protegida de las personas jurídicas o naturales investigadas, los intercambios celeres entre las UIF deberían dar mejores y más rápidos resultados.

A fin de determinar el procedimiento más apropiado, el fiscal debe, en primer lugar, averiguar si la diligencia deseada no puede solicitarse a través de los canales de cooperación informal. En definitiva, se trata de una decisión estratégica del investigador que tiene consecuencias importantes para su investigación. Por ejemplo, un bloqueo de cuentas o la solicitud de una medida coercitiva prematuros pueden alertar al beneficiario económico de una cuenta bancaria y provocar otros actos de ocultamiento de activos y de evidencia. En algunos países, que incluyen a Suiza, la persona afectada por la medida coercitiva extranjera es puesta en conocimiento de la solicitud de ALM y la legislación le otorga el derecho de oposición.

30 Art. 36(3) Constitución Suiza; art. 63(1) LALM.

31 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 122 II 195; Zimmermann 2019, 790.

32 Disponible en: <https://www.zefix.ch>.

La cooperación informal y administrativa

La cooperación informal puede definirse como cualquier ayuda oficial al margen de una solicitud de ALM. Esta incluye medidas de investigación no coercitivas como la recopilación de información pública, la vigilancia, la toma voluntaria de testimonios, etc. A diferencia de la ALM - que tiene canales de transmisión claramente definidos - la cooperación informal puede llevarse a cabo de manera directa entre contrapartes: conversaciones telefónicas, intercambios a través de correos electrónicos o en reuniones en persona. Asimismo, existen muchas redes formalizadas que permiten compartir inteligencia financiera o policial entre autoridades, por ejemplo, la Red Iberoamericana de recuperación de activos, la red del GAFI (RAGG), Interpol, entre otras. Es de enfatizar que la información recopilada a través de la cooperación informal generalmente no es admisible ante un tribunal y sirve como “inteligencia” o información de trasfondo. Se utiliza principalmente para fines investigativos o para sustentar una solicitud de ALM³³. Por ejemplo, sería en principio posible obtener detalles de una cuenta bancaria mediante asistencia informal que resultan útiles en

la elaboración de una solicitud de ALM que solicita la incautación de la cuenta en el marco del proceso penal en Venezuela³⁴.

La cooperación administrativa entre unidades de inteligencia financiera (UIF)³⁵ se realiza según leyes nacionales³⁶ y los parámetros establecidos por el Grupo Egmont³⁷. La importancia de la cooperación administrativa es por otro lado enfatizada por los artículos 48 y 50 de la Convención de Mérida³⁸. Además, en algunas jurisdicciones se pueden conseguir medidas provisionales de emergencia a través de la asistencia administrativa, a pesar de que deberá realizar una solicitud de ALM con posterioridad³⁹. Para explorar tales opciones, se recomienda que el fiscal contacte informalmente a sus contrapartes o - a través de su propia autoridad central - a la autoridad central suiza, la Oficina Federal de Justicia (OFJ) a fin de explorar las posibilidades existentes.

5.3 Redacción de la solicitud de ALM

Si se determina que la solicitud de ALM es la estrategia más adecuada, el fiscal o el juez inicia el proceso de redacción de la solicitud. La solicitud de ALM debe cumplir ciertos requisitos de fondo y forma del derecho venezolano

33 Brun et al. 2011, 157.

34 Brun et al. 2011, 159.

35 Brun et al. 2011, 157.

36 Ley federal sobre las oficinas centrales de la policía criminal de la Confederación y los centros conjuntos de cooperación policial y aduanera con otros estados, SR. 360, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940242/index.html>; Ordenanza sobre la MROS, SR. 955.23, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20031873/index.html>.

37 El Grupo Egmont es una red mundial de Unidades de Inteligencia Financiera. Hace uso del sistema Secure Web Egmont, a fin de que la comunicación entre los miembros de la red y el intercambio de información e inteligencia financiera sea segura, cf. GAFILAT et al. 2015, 23.

38 Véase también los art. 26 y 27 Convención de Palermo, art. 9 Convención de Viena, Recomendación N°40 del GAFI.

39 Brun et al. 2011, 157.

y suizo. Esta contribución describe brevemente las condiciones impuestas por el derecho suizo.

- La ALM se realiza por escrito.
- La solicitud de ALM debe tener una redacción simple y clara y estar traducida al idioma alemán, francés o italiano.
- Una redacción simple y directa facilita no solamente la traducción de la solicitud, sino también su comprensión por parte de las autoridades suizas⁴⁰. Salvo casos excepcionales, los pedidos de ALM no necesitan una sustentación a ese nivel. Por tanto, no se deben anexar actuaciones judiciales completas a una solicitud de ALM. El contenido de esta se encuentra beneficiada de la buena fe pública internacional, incluso cuando el Estado requirente y el Estado requerido no están vinculados por un tratado bilateral.⁴¹

La Oficina Federal de Justicia de Suiza ha publicado guías para la redacción de solicitudes en castellano en su página web⁴². Además, las autoridades suizas están generalmente dispuestas al diálogo respecto de las condiciones de derecho suizo para ejecutar exitosamente la solicitud y para anticipar y superar posibles barreras. Asimismo, cuando sea posible y practicable, la autoridad requirente puede solicitar una revisión de informal de un proyecto de ALM a la Oficina Federal de Justicia, a fin de obtener comentarios sobre su ejecutabilidad.

5.4 Envío de la solicitud de ALM

Una vez finalizada, la solicitud de ALM, esta deberá ser enviada por la vía diplomática, siendo que Venezuela y Suiza no están vinculados por un tratado sobre ALM. La Oficina Federal de Justicia de Suiza es la encargada de recibir las solicitudes de la embajada venezolana en Suiza.⁴³

Sin embargo, con el surgimiento de convenios globales como la CNUCC y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada⁴⁴, los estados generalmente se comunican a través del sistema de autoridades centrales. Las autoridades centrales permiten agilizar los pedidos de asistencia habilitando un canal de comunicación directo entre Estado Requirente y Requerido.⁴⁵

- Recibir solicitudes de cooperación emanados de los órganos competentes de su país, verificar si cumplen con los requisitos formales y remitirlos a la autoridad central de país al cual va dirigida la solicitud. Posteriormente al envío, las autoridades centrales pueden hacer seguimiento del estado del procedimiento en el país requerido.
- Del mismo modo, recibe este tipo de requerimientos de las autoridades centrales extranjeras y los presenta ante el órgano jurisdiccional correspondiente a fin que éste, de ser el caso, ejecute la medida.⁴⁶

⁴⁰ Brun et al. 2011, 177.

⁴¹ Zimmermann 2019, 197 y ss.

⁴² Disponible en: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/beweiserhebung.html>.

⁴³ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 4.

⁴⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

⁴⁵ Bondar 2015, 15.

⁴⁶ Bondar 2015, 15.

El sistema de autoridades centrales establecido en las convenciones de la ONU, permite la creación de las autoridades centrales según los crímenes subyacentes. Como consecuencia de esto, es posible que un país tenga varias autoridades centrales. En virtud de los delitos que se persiguen, la autoridad central asignada a la CNUCC debería ser la autoridad central competente en este caso. Por lo general se necesita una base legal bilateral para la comunicación directa entre las autoridades centrales, por ejemplo, un tratado de cooperación bilateral en materia penal.

Buena práctica

La ausencia de un tratado entre Venezuela y Suiza no se debería entender en el sentido que las autoridades centrales no se pueden comunicar rápida y eficientemente, provocando la parálisis del procedimiento ALM y del proceso penal originario.

En efecto, la CNUCC (Suiza y Venezuela son signatarias de este instrumento internacional) permite a los Estados Requerido y Requirente utilizar supletoriamente el artículo 46 CNUCC como una base legal suficiente para cooperar. Los párrafos del art. 46 CNUCC sirven, si las partes así lo consideran, como tratado de cooperación internacional en materia penal.

La aplicación del artículo 46 CNUCC hizo posible que las autoridades centrales de Perú y de Luxemburgo se comuniquen

eficientemente a pesar de la inexistencia de un tratado bilateral entre ambos países. Esta cooperación les permitió a las autoridades peruanas, solicitar celeramente la ejecución de una sentencia final de decomiso peruano en Luxemburgo en el caso de las cuentas de Montesinos.⁴⁷

5.5 Ejecución de la solicitud de ALM en Suiza

La Oficina Federal de Justicia examinará sumariamente si la solicitud de ALM satisface las exigencias formales⁴⁸. De no ser el caso, se invitará a la autoridad competente de Venezuela para que precise o complete la solicitud⁴⁹. Por el contrario, si la solicitud cumple con las exigencias, será transmitida a una autoridad de ejecución⁵⁰. En los casos de corrupción internacional y lavado de activos, la autoridad de ejecución suele ser el Ministerio Público de la Confederación⁵¹.

La autoridad de ejecución examinará si la solicitud reúne todas las condiciones materiales necesarias para la concesión de la medida solicitada y ordenará, de ser el caso, la ejecución (por ejemplo, de la medida de incautación) de la solicitud de ALM⁵².

47 Baselgovernance.org, 12 de noviembre de 2018, Peruvian judiciary confiscates Luxembourg account of Montesinos' arms dealer.

48 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

49 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

50 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

51 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 5.

52 OFJ 2016, Obtención de pruebas, 6.

5.5.1 Levantamiento del secreto bancario

El secreto bancario protege al cliente del banco contra la revelación a terceros de toda información relativa a su relación comercial protegida legalmente en Suiza⁵³. Sin embargo, si la información se solicita en el marco de un proceso penal nacional o extranjero, el banco y sus empleados están legalmente obligados a revelar información confidencial a pedido de una autoridad competente⁵⁴.

Para que un pedido de ALM pueda ser ejecutado en Suiza, se debe contemplar las siguientes consideraciones⁵⁵:

- El pedido de levantamiento del secreto bancario debe contener datos precisos sobre las cuentas objeto de la medida solicitada⁵⁶. Mínimamente se debe consignar en la solicitud los nombres de los titulares y derecho habientes (beneficiarios económicos) de las cuentas, el nombre y ciudad donde se encuentra el banco. El número de cuenta por el contrario no es una condición de ejecutabilidad en Suiza.
- Un aspecto clave de esta etapa de ALM es el estándar de prueba que requiere el derecho suizo para ejecutar la medida solicitada. En el caso del levantamiento del secreto bancario, las autoridades suizas aplican el estándar de la “causa probable” o “verosimilitud”. Según este estándar,

se requiere una descripción de los hechos que permita a las autoridades suizas apreciar que existen elementos objetivos y fundados para creer que un crimen ha sido cometido y que existe una investigación en curso que necesita de la medida solicitada vía ALM.

- Solo se podrá levantar el secreto bancario en la medida en que sea necesario para que las autoridades penales del Estado Requirente establezcan la verdad⁵⁷.
- El levantamiento del secreto bancario será denegado por las autoridades suizas cuando los documentos solicitados no guarden relación con el delito que se persigue y son manifiestamente inadecuados para avanzar la investigación, de modo que la solicitud aparece como un pretexto para realizar una búsqueda indeterminada de pruebas (*fishing expedition*)⁵⁸.

Según la jurisprudencia, las autoridades suizas están obligadas a facilitar a las autoridades del Estado Requirente todos los documentos relacionados con los hechos mencionados en la solicitud de ALM⁵⁹.

53 Zimmermann 2019, 424.

55 Cf. Art. 173(1) CPP; Zimmermann 2019, 424.

55 Otras condiciones pueden ser impuesta en razón de la naturaleza del caso.

56 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

57 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

58 Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 122 II 367 (371); 121 II 241 (242); 120 Ib 251 (255).

59 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 122 II 367.

5.5.2 Incautaciones

La autoridad de ejecución suiza puede declarar la incautación de activos en cuentas suizas solicitadas por la autoridad extranjera si estos fondos pueden últimamente ser decomisados. En el marco de la ALM, se exige que la solicitud presentada por las autoridades del Estado Requirente demuestre un nexo causal entre los activos y la infracción bajo investigación⁶⁰. Es decir, demostrar en un estándar de causa probable que los activos objeto de la medida de incautación son los el producto o los instrumentos del crimen.

En principio, no se requiere una decisión judicial emitida por Estado Requirente para solicitar la incautación de activos en Suiza. La competencia para emitir la ALM está regulada generalmente en la ley del Estado Requirente (Venezuela). Una distorsión importante de regímenes nacionales puede aparecer en relación a este pedido de ALM según lo que se observa en algunos países de la región. En efecto, en la mayoría de estados la incautación es una medida de carácter judicial que es ordenada por un juez. En Suiza, por el contrario, la medida puede ser ordenada por un fiscal sin el concurso del juez, e incluso por la UIF en circunstancias particulares. Esta diferencia de procedimientos ha generado confusiones en países como Venezuela, que prevén un requisito de aprobación judicial para la imposición de incautaciones en los procesos penales nacionales.

Lección aprendida

Procedimiento de incautación en el marco de la ALM

Cabe enfatizar que la incautación vía la ALM no debe equipararse a la medida de incautación en el procedimiento doméstico. No es competencia de los tribunales del Estado Requirente pronunciarse sobre incautaciones de activos situados fuera de su propia jurisdicción.

Las autoridades del Estado Requirente se limitan a la preparación y envío de la solicitud de ALM siguiendo los protocolos propios del derecho administrativo que rige la función de las autoridades centrales y respetando las condiciones de la ALM. Sin embargo, la incautación efectiva se efectúa en Suiza bajo las condiciones del derecho penal suizo. Es en esta etapa donde se afectan los derechos del titular del activo, por lo que se justifica que sean las autoridades suizas - en aplicación de sus reglas - quienes ordenen y ejecuten la medida de incautación. Los principios de territorialidad y soberanía que gobiernan la ALM se aplican en este procedimiento.

Por lo expuesto, y aunque existe controversia en la crónica judicial sobre este punto, el fiscal venezolano, si está dentro de sus competencias, podrá ordenar la incautación de activos e información bancaria relevante en Suiza para su investigación.

⁶⁰ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 130 II 329; Zimmermann 2019, 792 y ss.; Por lo tanto, el monto incautado no puede ser superior al presunto producto del delito que el estado requirente busca decomisar.

Naturaleza administrativa

- Redacción de solicitud de ALM por las autoridades competentes de Venezuela.
- Envío de la solicitud por vía consular a la autoridad central del estado requerido (en el caso de Suiza, la autoridad central es la Oficina Federal de Justicia).

Naturaleza procesal

(A cargo del estado
requerido)

- La autoridad central del estado requerido evalúa el cumplimiento de la solicitud con los requerimientos establecidos por la normativa.
- Ejecución de la medida por las autoridades competentes del estado requerido, conforme a su normativa interna.

5.5.3 Ejecución de sentencias extranjeras de decomiso en Suiza

Las medidas de incautación se realizan con fines de decomiso. Al término de un proceso judicial que respete las garantías básicas del debido proceso, el juez venezolano deberá ordenar el decomiso de los activos localizados en Suiza. La ejecución de la sentencia venezolana de decomiso deberá entonces ser ejecutada en Suiza a través de los canales de la ALM.

El procedimiento para la ejecución de sentencias extranjeras de decomiso está regulado en el artículo 74a LALM. Al igual que en los otros tipos de ALM, el Estado Requirente debe presentar una solicitud de ALM para iniciar el procedimiento. Si se aprueba la solicitud de ALM, los activos decomisados por la orden de decomiso extranjera se restituyen al estado requirente.

Según el Art. 74a (2) LALM, son restituidos:

- Los instrumentos que hayan servido para cometer la infracción.
- El producto de la infracción, así que los activos que lo remplazan o las ventajas ilícitas.
- Regalos y otros beneficios utilizados o destinados a ser utilizados para decidir o recompensar al autor de la infracción, así como los activos que lo remplazan.

El derecho suizo exige la demostración de un nexo causal entre el delito y el activo cuya restitución se solicita. Según la jurisprudencia, en el delito debe estar la causa esencial y adecuada del activo⁶¹.

En otras palabras, la obtención del activo debe aparecer como la consecuencia directa e inmediata del delito⁶². En el contexto de delitos financieros, como lo es el lavado de activos, una de las medidas más comunes para establecer el nexo generalmente es de reconstituir el rastro documental o ruta del dinero (*paper trail*).

En principio, Suiza no verifica la veracidad de los hechos establecidos por el Estado Requerido, salvo que estos sean visiblemente falsos⁶³. Sin embargo, el legislador dejó un margen de discreción a la autoridad de ejecución para determinar si el nexo entre el delito y el activo ha sido adecuadamente establecido en la orden de decomiso extranjera. Suiza se reserva el derecho de denegar la restitución

de activos cuyo decomiso se ordenó sobre la base de un desbalance entre el patrimonio lícito de una persona y los activos de los que realmente dispone (decomiso por enriquecimiento ilícito)⁶⁴.

Por último, cabe señalar que también existe un procedimiento especial de ejecución de todo tipo de sentencia extranjera en los artículos 94 y ss. de la LALM (procedimiento de exequatur). Sin embargo, siendo que el artículo 74a LALM ha sido introducido especialmente para la ejecución de órdenes extranjeras de decomiso, y, además, es más rápido y simple que el procedimiento de exequatur, se aconseja dar prioridad a este procedimiento⁶⁵.

Restitución anticipada

Según el párrafo 3 del artículo 74a LALM, la restitución de activos se efectúa “por regla general” sobre la base de una decisión definitiva y ejecutable del estado requerido. Sin embargo, en casos excepcionales, es posible de restituir activos de manera anticipada; es decir, antes de la emisión de una orden de decomiso por las autoridades competentes del Estado Requerido. Los requisitos mínimos son:

1. Los bienes en cuestión puedan atribuirse sin duda alguna a una actividad ilícita y,

61 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 453 (461); Tribunal Federal Penal Suiza, Decisión N° RR.2014.146 del 13 de enero de 2015.

62 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 453 (461); Tribunal Federal Penal Suiza, Decisión N° RR.2014.146 del 13 de enero de 2015.

63 Ver, por ejemplo, un caso involucrando Etiopía: Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (175); Zimmermann 2019, 357.

64 Zimmermann 2019, 358

65 Cf. también Zimmermann 2019, 355.

2. Existen particularidades en el caso que justifiquen la renuncia a la exigencia de la orden de decomiso.

El Tribunal Federal precisó que la frase “por regla general” le da una amplia margen de discreción a la autoridad de ejecución⁶⁶. En particular, en lo que concierne al segundo criterio, hasta ahora no se ha podido definir una línea clara en la jurisprudencia. Sin embargo, cabe señalar que solicitar la restitución anticipada puede ser particularmente oportuno en casos de activos provenientes de actividades de organizaciones criminales. En el caso involucrando activos malversados por el ex presidente de Nigeria, Sani Abacha, y sus familiares, el Tribunal Federal de Suiza estableció el principio que son restituyibles anticipadamente todos los activos de “origen manifiestamente ilícito” a disposición de una organización criminal o de los integrantes de la organización. El Tribunal consideró el clan de Sani Abacha como organización criminal y restituyó así parte de los activos en bancos suizos⁶⁷.

5.5.4 Ejecución de órdenes de decomiso sin condena (extinción de dominio)

En vista de que el legislador venezolano está en proceso de introducir una ley de extinción de dominio⁶⁸, es previsible que Venezuela se enfrentará pronto a la cuestión de la ejecución de tales órdenes de decomiso en Suiza. Por lo tanto, parece apropiado mencionar algunos aspectos específicos al respecto.

Como ya se mencionó, es de suma importancia para que las autoridades suizas presten asistencia, que las actuaciones procesales en el estado requirente garantizan plenamente los derechos procesales y otros derechos fundamentales reconocidos a nivel convencional internacional. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶⁹, así como del Tribunal Federal de Suiza⁷⁰, el decomiso sin condena se ajusta a esta condición, en la medida en que se limita a decomisar activos ilícitos.

Por lo tanto, la extinción de dominio - que en la opinión aquí expresada es un tipo de decomiso sin condena - constituye en principio un procedimiento al cual las autoridades suizas pueden brindar ALM, durante la investigación y ejecución de los órdenes de decomiso. Dicho esto, la capacidad de cooperar de las autoridades suizas dependerá en definitiva de las características que se le otorgue a la futura ley venezolana.

66 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 123 II 595

67 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (184).

68 Cf. Proyecto de ley de recuperación de activos.

69 Por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gogitidze and others v. Georgia, 12 May 2015, Appl. No. 36862/05, párr. 105.

70 Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 132 II 178

5.6 Procedimiento

Cabe enfatizar que el procedimiento de ALM en Suiza no sólo abarca a las autoridades helvéticas y las autoridades solicitantes del estado requirente. Por el contrario, el estado requirente no tiene ningún derecho de participación o información en el procedimiento de ejecución en Suiza.

A la persona afectada por la medida solicitada, por otra parte, se le garantiza una amplia gama de derechos. No podrá formular ningún recurso contra la resolución introductoria, pero goza de protección jurídica al final del procedimiento, ya que puede apelar contra la resolución final emitida por la autoridad de ejecución, así como ciertas resoluciones incidentales, ante el Tribunal Penal Federal de Suiza⁷¹. Cuenta como “persona afectada”, entre otros, el titular de cuentas bancarias⁷².

En consecuencia, de ello, no es posible mantener el carácter reservado de la investigación en curso en el estado requirente⁷³. Además, las apelaciones presentadas por las personas afectadas a menudo dificultan, retrasan o incluso frustran las campañas de recuperación de activos. A pesar de que los recursos están rechazados en casi todos los casos, las personas afectadas hacen uso regular de ellos.

Si la sentencia del Tribunal Penal Federal tiene por objeto una incautación, una transferencia de objetos o de valores, o una transmisión de información relativa

a una materia secreta y si se refiere a un caso especialmente importante, podrá ser impugnada por vía de recurso ante el Tribunal Federal. Tan pronto como la resolución de terminación sea ejecutoria, la ALM podrá ser concedida al Estado requirente.

5.7 Transmisiones espontáneas

El Ministerio público suizo puede transmitir espontáneamente a la autoridad competente de otro estado información sobre actividades ilícitas efectuadas en Suiza cuando estime que la información es útil para iniciar o facilitar una investigación propia, o cuando le permitiría al otro estado formular una solicitud de ALM⁷⁴. Por lo general, las transmisiones espontáneas se realizan entre autoridades centrales.

Las transmisiones espontáneas han demostrado ser altamente útiles en los procesos de recuperación de activos. La transmisión espontánea y unilateral es una forma proactiva de cooperación recurrentemente utilizada por las autoridades suizas. Sin embargo, es de enfatizar que los elementos de prueba transmitidos de manera espontánea por las autoridades suizas solo pueden ser utilizados para fines investigativos, y no para fines probatorios⁷⁵.

⁷¹ Además, las eventuales resoluciones incidentales podrán ser recurridas al final del procedimiento, junto con la resolución de terminación. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, respeto de resoluciones incidentales que ocasionen un perjuicio inmediato e irreparable (por ejemplo, cuando el bloqueo de una cuenta bancaria paralice una sociedad). Tal es posible en el caso de embargo de objetos o de valores, o de presencia de funcionarios extranjeros que participen en la ejecución de las medidas de ALM.

⁷² Véase, por ejemplo, art. 80e y ss. de la Ley Suiza sobre asistencia mutua, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19810037/index.html>; y art. 9a del Decreto federal sobre asistencia mutua, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19820046/index.html>.

⁷³ Esto es particularmente problemático en las fases iniciales de la investigación, cuando aún no se descubrieron todos los elementos del esquema delictivo.

⁷⁴ Art. 67a LALM.

⁷⁵ Art. 67a(1) LALM.

Una divulgación espontánea de Suiza puede incluir⁷⁶:

- Información sobre la investigación, incluyendo el nombre del acusado y un resumen de los hechos y el delito o los delitos.
- Descripción de las pruebas que podrían ser de interés, incluyendo el nombre del banco y del titular de la cuenta bancaria, el número de cuenta, el importe de los activos congelados y algunas transacciones relevantes.
- Razones para la transmisión (por ejemplo, posible investigación o investigación pendiente en la jurisdicción receptora).
- Invitación a presentar una solicitud de ALM.
- Aviso de no utilizar la información para cualquier otro propósito.

No se podrán transmitir medios de prueba que caigan dentro del ámbito del secreto bancario⁷⁷. Por ejemplo, no se permitirá la transmisión espontánea de documentación bancaria sobre una cuenta. Sin embargo, es posible alertar a las autoridades extranjeras sobre la existencia de la cuenta y proporcionar información referencial como el nombre del titular, el beneficiario final, el número de la cuenta y otra información útil para la presentación de una solicitud de ALM⁷⁸.

Según la opinión predominante en la doctrina suiza, una vez que el Estado Requirente presenta una solicitud de ALM, las autoridades suizas ya no pueden transmitir datos de manera espontánea, hasta que el procedimiento de ALM haya concluido⁷⁹. Sin embargo, la jurisprudencia no se adhiere a este punto de vista en todos los casos⁸⁰.

⁷⁶ Zimmermann 2019, 445 y ss.

⁷⁷ OFJ 2016, Obtención de pruebas, 1.

⁷⁸ Tribunal Federal Suiza, Decisiones N° 139 IV 137 (144); 130 II 236 (245); OFJ 2016, Obtención de pruebas, 1; Zimmermann 2019, 448.

⁷⁹ Zimmermann 2019, 448.

⁸⁰ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 129 II 544 (546 et seq.).

6 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL SUIZO

Esta hipótesis de trabajo, se realiza cuando las autoridades penales suizas inician un proceso penal (usualmente por lavado de activos) sobre la base de hechos punibles que se desarrollan parcialmente en los dos estados y sobre una trama única, para la cual ambos estados son competentes penalmente. Esta hipótesis se da cuando, por ejemplo, una comisión ilícita pagada a un funcionario venezolano en el contexto de una licitación estatal es depositada en una cuenta suiza utilizando un esquema de lavado de activos.

6.1 Aspectos generales

6.1.1 Competencia jurisdiccional

Con respecto de la competencia jurisdiccional, cabe señalar que Suiza dispone de competencia territorial cuando activos vinculados a un esquema de corrupción se transfieren o lavan a través de cuentas suizas⁸¹. La competencia territorial de Suiza también puede establecerse cuando actos de lavado cometidos por integrantes de una organización criminal son perpetrados en territorio suizo⁸². En regla general, la competencia es de nivel federal cuando los actos de lavado son cometidos preponderantemente en el extranjero o cuando varios cantones resultan competentes sin que exista una competencia preeminente de uno de ellos⁸³.

Si se identifican tales circunstancias, las autoridades suizas están obligadas a iniciar indagaciones de manera inmediata.

6.1.2 Participación de Venezuela y sus instituciones como actor civil

Según el artículo 118 del Código Procesal Penal suizo, los estados⁸⁴ y las personas naturales o jurídicas perjudicadas de manera inmediata por un delito, pueden constituirse como actor civil en un proceso penal en Suiza⁸⁵. En su declaración de constitución, el aspirante a actor civil puede hacer valer pretensiones civiles derivadas del delito con miras a obtener una reparación civil⁸⁶. La constitución como actor civil puede efectuarse en el marco de un proceso penal en curso y está sujeta a tiempos procesales⁸⁷. La declaración de constituirse en actor civil se puede realizar delante de cualquier autoridad de persecución penal: policía, fiscalía o juzgado.

En principio, los actores civiles tienen derecho a acceder al expediente del caso donde existen importantes elementos de prueba. Las investigaciones por corrupción y lavado de activos, suelen contener expedientes con documentos bancarios y otros elementos

81 Art. 3 CP; Cf. Seelmann/Geth 2016, 37.

82 Dannacher 2012, 94.

83 Art. 24 al. 1 Código Procesal Penal suizo (CPP).

84 Cf. por ejemplo el caso de Túnez: Tribunal Penal Federal, Decisión N°BB.2011.130.

85 Varios estados y empresas públicas agraviados por actos de corrupción y lavado de activos se han establecido como actor civil en Suiza. Según notas de prensa, PDVSA se ha constituido como actor civil en procedimientos penales en el Cantón de Ginebra (ver: Gotham City, 13 de diciembre de 2018: Le statut de plaignant est accordé à PDVSA dans l'affaire Helsing à Genève).

86 Art. 122 y ss. CPP.

87 Art. 118 CPP.

probatorios que son de gran utilidad para las investigaciones en las que el Estado víctima que se constituyó como actor civil. Generalmente se trata de la misma información que se solicitaría a través de los mecanismos de ALM.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, la normatividad suiza concede al titular de la cuenta bancaria un derecho de oposición a la transmisión de documentos. En la práctica, en razón de esta colisión de derechos, el acceso al expediente del caso por parte del Estado extranjero constituido en actor civil en el proceso penal suizo, se suele realizar bajo severas restricciones.

El estado víctima, constituido en actor civil, puede presentar pruebas útiles para el proceso penal suizo⁸⁸. Esta posibilidad ofrecida por el derecho suizo, resulta clave para recuperar los activos ilícitos en el marco del proceso penal suizo ya que permite a las autoridades suizas determinar con claridad la ruta del dinero (paper trail) y con ello el establecimiento del nexo causal entre los activos que se van a decomisar y el crimen que los origina. Como se ha mencionado, las autoridades investigativas en Suiza - al igual que sus contrapartes en otros centros financieros - se enfrentan en serios problemas para establecer este nexo causal ya que los delitos y sus hechos subyacentes ocurrieron en el Estado víctima. Por consiguiente, la información que puede proveer el Estado víctima puede ser de gran ayuda siendo que a menudo sus autoridades tienen una comprensión más precisa de los

hechos y el contexto en el cual se cometieron los actos de corrupción investigados.

En el caso que las condiciones legales existan para que Venezuela pueda constituirse como actor civil a un proceso penal en Suiza, sus autoridades deberán formular una solicitud que contenga mínimamente los siguientes puntos:

- Pedido para ser aceptado como actor civil en el procedimiento penal;
- Pedido para ser informado sobre todas las investigaciones suizas relacionadas al esquema delictivo referido;
- Pedido para ser informado sobre cada uno de los casos en los que exista una causa probable de que el solicitante puede ser considerado como agraviado;
- Pedido para ser proporcionado el derecho a ser oído y a proporcionar pruebas;
- Pedido para que los activos malversados le sean restituidos.

Cabe señalar, sin embargo, que particularmente en los casos más complejos el Estado víctima requerirá de una representación legal en Suiza para hacer valer sus derechos, lo que puede exponerle a gastos considerables.

6.2 Identificación

El sistema de identificación de activos sospechosos en Suiza involucra a varias instituciones, ya que la información pertinente puede provenir de diversas fuentes. Por un

88 Art. 107(1)(e) CPP.

lado, los fiscales suizos pueden ordenar a un banco a que rastree todos los activos de una persona sospechosa y edite los documentos pertinentes⁸⁹.

Reviste especial importancia la estrecha cooperación y coordinación entre la fiscalía y la Oficina de Prevención del Lavado de Activos (MROS por sus siglas en inglés). MROS es la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de Suiza de tipo policial, cuyas tareas principales incluyen el análisis, la sistematización y difusión de información relativa a posibles casos de lavado de activos, los delitos previos asociados, y el financiamiento del terrorismo⁹⁰.

MROS tiene acceso a una amplia gama de datos (financieros), debido - entre otros - a que los intermediarios financieros suizos están obligados llevar a cabo una debida diligencia y conocer a sus clientes, en virtud de la reglamentación contra el lavado de activos (*due diligence* y *know your customer-KYC*)⁹¹. Las operaciones sospechosas detectadas en el curso de las actividades de intermediación financiera deben ser comunicados de manera inmediata al MROS⁹². Son considerados intermediarios financieros en suiza, los bancos, los fiduciarios, las casas de cambio, los casinos, etc.⁹³.

A fin de cumplir sus obligaciones de debida diligencia los intermediarios financieros suizos analizan el contexto económico de las

transacciones que se realizan. Del mismo modo, los bancos utilizan sistemas informáticos que buscan información incriminatoria sobre los clientes del banco. Si se detectan hechos sospechosos que involucran a un cliente o cuando la transacción económica no parece tener una explicación lógica, el expediente del cliente señalado se remita al departamento de cumplimiento (compliance) del intermediario financiero, que evalúa el caso y, si la sospecha es fundada, manda un reporte de operaciones sospechosas (ROS) al MROS.

El MROS analiza y sistematiza los informes recibidos y remite información pertinente a la fiscalía. En 2019, el MROS recibió 7705 informes de los intermediarios financieros, involucrando aproximadamente 13 mil millones de Francos suizos⁹⁴. Unos 24% de estos activos se originó presuntamente en actos de corrupción. Más de 2000 informes se remitieron a la fiscalía⁹⁵.

Este sistema puede ser de gran ayuda para las autoridades de los países víctimas, ya que - como se ha descrito anteriormente - los fiscales suizos pueden compartir la información remida por MROS de forma espontánea. En el mismo sentido, la UIF de los países víctima pueden solicitar información relevante a su par de suiza a través de los canales de comunicación establecidos y según los parámetros del Grupo Egmont.

⁸⁹ Eymann 2009, 23.

⁹⁰ En el marco de una instrucción penal en el Cantón de Ginebra, MROS, tras un informe de un intermediario financiero, descubrió cuentas bancarias adicionales implicadas en un presunto esquema de corrupción involucrando activos venezolanos y transmitió toda esta información al Ministerio Público, ver: Gotham City, 21 de febrero 2019, PDVSA: *Enquête sur la société helvétique touche un nouvel intermédiaire*.

⁹¹ Art. 3 y ss. de la Ley Federal sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, SR. 955.0, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19970427/index.html>.

⁹² Art. 9 de la Ley Federal sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo,

⁹³ *Ibid.*, art. 2.

⁹⁴ MROS 2020, Informe Annual 2019.

⁹⁵ MROS 2020, Informe Annual 2019, 5, 12.

Identificación de los activos suizos en el marco de la Operación Lava Jato

En el contexto de Lava Jato, los operadores de justicia del Brasil han publicado exhaustivamente los medios probatorios, testimonios de colaboradores eficaces y otros documentos vinculados a las indagaciones en curso, lo que ha dado lugar a una cobertura amplia en los medios de comunicación. Los sistemas informáticos de los bancos suizos han recogido esta información. Entre 2015 y 2017, los intermediarios financieros suizos mandaron unos 600 informes sobre actividades sospechosas a MROS, lo que permitió a la Fiscalía Federal de Suiza abrir más de 70 investigaciones penales⁹⁶. De esta manera, se rastrearon e incautaron más de 1000 millones de Francos Suizos, en muchos casos antes de que las autoridades de los países víctimas pudieran tener conocimiento de estos activos⁹⁷.

6.3 Incautación

De conformidad al artículo 263(1)(c) del Código Procesal Penal de Suiza (CPP), así como del artículo 377(1) CPP, los activos de un acusado o de un tercero son incautados para asegurar que no se frustrate su posterior decomiso o restitución⁹⁸. Si los activos se encuentran en cuentas bancarias, la incautación adopta la

forma de un bloqueo de cuenta⁹⁹. Las incauciones son ordenadas por la fiscalía, o por una corte, dependiendo del estadio procesal del caso¹⁰⁰.

6.4 Decomiso

6.4.1 Marco jurídico

El decomiso esta regulado en los artículos 69 y siguientes del Código Penal suizo (CP). La norma básica del decomiso es el artículo 70 CP, según el cual, se decomisan los activos resultantes de delito, así como los instrumentos que sirvieron o deberían haber servido para recompensar o inducir la comisión de un delito. Según el artículo 71 CP, se puede declarar el decomiso sobre valores equivalentes, cuando los activos ilícitos no está disponibles o no puedan ser ubicados, y cuando el delincuente dispone de otros activos sin nexo al delito (lícitos).

Adicionalmente a estos tipos clásicos de decomiso de activos ilícitos, el legislador suizo introdujo el artículo 72 CP, según el cual se pueden decomisar todos los activos en el poder de disposición de una organización criminal (artículo 260ter CP). El artículo 72 CP, no requiere la demostración de un origen ilícito de los activos creando una presunción legal según la cual se presume la ilicitud de todos los activos en poder de disposición de la organización. Si la fiscalía logra probar que

⁹⁶ Fiscalía Federal de Suiza, 9 de abril 2019, Comunicado de prensa, Petrobras - Odebrecht Affair: Around CHF 365 million refunded to Brazil.

⁹⁷ Ibid.; Los titulares de las cuentas bancarias sospechosas fueron - en su mayoría - empresas domiciliadas en paraísos fiscales, pero los beneficiarios finales de las cuentas eran en gran medida ciudadanos brasileños.

⁹⁸ Código Procesal Penal de Suiza, SR. 312.00, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052319/index.html>.

⁹⁹ Dannacher 2012, 126 con referencias adicionales.

¹⁰⁰ Art. 198 CPP.

una persona participó en una organización criminal, se presume que la organización tiene un poder de disposición de los activos a no ser que la persona concernida demuestre lo contrario¹⁰¹.

6.4.2 Marco procesal

El decomiso puede ordenarse de manera accesoria a los procedimientos penales ordinarios o de manera independiente, es decir, sin condena previa (decomiso sin condena, o decomiso *in rem*).

- Para decomisar los activos en un procedimiento penal contra una persona, se ordena el decomiso de manera accesoria a la sentencia penal, o incluso en la orden de sobreseimiento de la instrucción penal¹⁰².
- Si por razones objetivas el decomiso no puede ser ordenado en el marco de un proceso penal, se podrá iniciar un procedimiento de decomiso independiente según el artículo 376 y ss. CPP. Según la práctica, esto es apropiado, por ejemplo, si el delincuente falleció o es desconocido, o si los bienes sólo se identifiquen después de la conclusión del proceso penal¹⁰³. El decomiso, así como la restitución del activo se ordena directamente por la fiscalía.

6.5 Restitución

Los activos decomisados son en principio retenidos en Suiza. Sin embargo, existen varias posibilidades para devolverlos al Estado víctima para que puedan ser utilizados para el bienestar general de la población. Cabe señalar que todavía no existe una jurisprudencia establecida sobre muchas de las cuestiones jurídicas que se planten en la aplicación de estos modos de restitución de fondos malversados a estados extranjeros.

Primero

De acuerdo al artículo 70(1) CP, los activos pueden ser entregados directamente al actor civil cuando éste prueba satisfactoriamente el daño en el marco del proceso penal. El decomiso es en este sentido subsidiario a la restitución, por lo que la entrega puede ser ordenada durante el proceso. Sin embargo, algunos autores opinan que el artículo 70(1) CP solo les otorga derechos a aquellas personas que ostentan derechos reales sobre el activo en cuestión (en analogía a la *rei vindicatio*)¹⁰⁴.

Segundo

Según el artículo 73 CP, las autoridades suizas pueden usar los activos ya decomisados para indemnizar la parte agraviada. Sin embargo, cabe

¹⁰¹ En un caso emblemático, Suiza consideró al clan del ex dictador nigeriano Sani Abacha como una organización criminal en el sentido del artículo 260ter CP. Esto resultó en una inversión de la carga de la prueba, por lo que ni Suiza ni Nigeria tuvieron que demostrar el nexo entre los activos en las cuentas suizas de los Abachas con algún ilícito penal. Sobre esta base, se aprobó la restitución de los activos a Nigeria. Ver, Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 131 II 169 (182 y ss.).

¹⁰² Art. 81(3)(a) y (4)(e) CPP; art. 320(2)(2) CPP; Dannacher 2012, 128.

¹⁰³ Tribunal Federal Suiza, Decisión N° 6S.68/2004; Dannacher 2012, 128 y ss.

¹⁰⁴ Dannacher 2012, 119 y ss.

señalar que prominentes autores opinan que este artículo no puede servir para indemnizar estados extranjeros¹⁰⁵.

Tercero

La Ley federal suiza sobre la repartición de activos decomisados también permite a las autoridades suizas compartir un estado extranjero parte o la totalidad de los activos decomisados¹⁰⁶. La condición para que esto suceda es que el estado extranjero haya participado en el proceso penal suizo. Suiza estará representada por la Oficina Federal de Justicia en las negociaciones¹⁰⁷. En el caso de delitos de corrupción, la regla es la restitución total de todos los activos decomisados¹⁰⁸.

6.6 Venezuela como estado requerido

Es inevitable para el éxito de procedimientos penales llevados a cabo por las autoridades suizas que cuentan con el apoyo de las autoridades venezolanas. Los actos de corrupción que subyacen a los esquemas de lavado bajo investigación en Suiza se tienen que probar con evidencia documentaria que se encuentran por regla general en el Estado víctima. La no remisión de esta información resulta frecuentemente en el cierre infructífero de los procedimientos suizos¹⁰⁹.

105 Zimmermann 2019, 344; de otra opinión: Dannacher 2012, 121.

106 Ley federal sobre la repartición de activos decomisados, SR. 312.4. disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20011886/index.html>.

107 Art. 6 Ley federal sobre la división de activos decomisados.

108 Mensaje Federal, 2002 441 (474).

109 En diciembre de 2019, los fiscales del Ministerio Público Federal suizo cerraron la instrucción penal por lavado de activos, en contra del abogado venezolano Hector Dáger. Pocas semanas antes, ya habían liberado unas USD 73 millones incautados en Suiza desde 2017. Los fiscales suizos no eran en posición para formular una acusación, debido a la falta de pruebas. En la orden de clasificación de la instrucción penal se precisa que: “Esto se debe en gran medida a la situación política de Venezuela y a la consiguiente imposibilidad objetiva de adquirir pruebas adicionales del Estado venezolano mediante los mecanismos de asistencia legal mutua” (traducción no oficial de: “Cela est dû en grande partie à la situation politique au Venezuela et à l'impossibilité objective qui en découle de procéder à l'acquisition de preuves supplémentaires auprès de l'État vénézuélien par voie rogatoire”, ver: Gotham City, 23 de enero de 2020, Le Venezuela ne collabore pas: la Suisse classe la procédure contre Hector Dáger.

7 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA LEY FEDERAL SOBRE VALORES PATRIMONIALES DE ORIGEN ILÍCITO

La casuística sobre casos de corrupción de Personas Políticamente Expuestas (PEP)¹¹⁰ demuestra que el estado de origen de la PEP encuentra a menudo dificultades para presentar una solicitud de ALM para recuperar activos, generalmente por razones de política interna en un contexto de transición democrática. Por otro lado, no es infrecuente ver en el escenario político internacional que una PEP, generalmente un jefe de estado, es objeto de movimientos políticos internos que tiene como consecuencia la pérdida del control político del país. Ambos escenarios gatillan, en principio, la aplicación de una legislación espacial de carácter administrativo que permite la recuperación de activos en circunstancias y procedimientos excepcionales.

Para estos casos y en complemento del arsenal legislativo en materia de recuperación de activos, el legislador suizo adoptó, en diciembre de 2015, la Ley Federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito (LVP)¹¹¹.

La LVP introduce procedimientos especiales para la incautación, el decomiso y la restitución de activos malversados por las PEP o sus asociados, cuando se puede inferir que los valores han sido adquiridos por medio de actos de corrupción u otros crímenes comparables¹¹². Esta ley, única en el mundo, permite a las autoridades suizas manejar la integralidad del proceso de recuperación de activos,

incluso sin una participación activa del Estado víctima.

Cabe señalar que mucho más que una herramienta de cooperación judicial, la LVP es un instrumento de la diplomacia y política exterior de Suiza¹¹³. Su objetivo primordial es de proteger a los intereses y reputación de Suiza, así que de mejorar las relaciones con regímenes emergentes en los estados víctima¹¹⁴.

7.1 Incautación

La LVP distingue entre dos tipos de incautación: Por un lado, la incautación ordenada con vista a futuros casos de ALM con el estado víctima (incautación preventiva), y, por otro lado, la incautación ordenada con vista al decomiso por Suiza, subsiguiente al fracaso del procedimiento de ALM (incautación correctiva).

La incautación preventiva se ordena por el Consejo Federal de Suiza, cuando las autoridades suizas anticipan la iniciación de un procedimiento de ALM, por ejemplo, si se derrumba un régimen corrupto en otro estado. Puede ser aplicada a bienes en poder de disposición de un PEP o un socio suyo, cuyo beneficiario económico es un PEP¹¹⁵. Para ordenar la incautación preventiva, el Consejo Federal publica una ordenanza, a la cual se anexa una lista de PEP, de sus asociados, así que de los valores patrimoniales avisados¹¹⁶.

110 Se entiende como PEP a funcionarios de alto rango, típicamente personas cargadas con la dirección de funciones públicas, en particular los jefes de estado, políticos de alto rango a nivel nacional, funcionarios influyentes de la administración, de la justicia o de las fuerzas armadas y de partidos políticos, así que los órganos supremos de empresas públicas de importancia nacional. Cf. Art. 2(a) LVP

111 Federal Act on the Freezing and the Restitution of Illicit Assets held by Foreign Politically Exposed Persons, SR. 196.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131214/index.html>

112 Art. 1 LVP.

113 Zimmermann 2019, 373.

114 Zimmermann 2019, 373.

115 Art. 3(1)(c) LVP.

116 Art. 5 LVP.

Para emitir tales ordenanzas, se requiere el cumplimiento de 4 requerimientos¹¹⁷:

1. El gobierno del estado víctima perdió su poder (o es en proceso de perderlo), y existe una crisis política o un vacío político en el estado víctima;
2. La corrupción es notoria y de un grado elevado en el estado víctima;
3. Los activos patrimoniales ubicados en Suiza deben aparecer presumiblemente de origen criminal;
4. La protección de los intereses de Suiza requiere la incautación de los activos.

Después de la incautación preventiva, las autoridades suizas brindarán asistencia técnica a las autoridades del estado víctima con miras a la redacción de un pedido de ALM¹¹⁸.

La incautación correctiva se ordena después del fracaso de un procedimiento iniciado por las autoridades del estado víctima¹¹⁹. Su objetivo es de mantener el bloqueo de activos para dar inicio a un procedimiento de decomiso en Suiza. Al igual que la incautación preventiva, se ordena por el Consejo Federal. La LVP prevé tres condiciones para la incautación correctiva¹²⁰:

1. El estado víctima presentó una demanda de ALM, en cuya ejecución se ordenó la incautación de activos en Suiza;

2. No le fue posible al estado víctima responder a las exigencias consecutivas del procedimiento de ALM en Suiza, debido a que se encuentra (nuevamente) en una situación de colapso total o parcial de su aparato judicial;
3. La protección de los intereses de Suiza requiere la incautación de los activos.

Por último, cabe mencionar que el Consejo Federal suizo tiene la facultad de declarar el bloqueo de valores patrimoniales en aplicación de sanciones decididas por la ONU, la OCDE o por los principales socios comerciales de Suiza. Estos bloqueos son decretados por el Consejo Federal (a propuesta del Departamento Federal de la Economía, de la Formación y de la Investigación)¹²¹.

7.2 Decomiso

Después de haber ordenado la incautación de los activos, el Consejo Federal puede encargar al Departamento Federal de Finanzas dar inicio a una acción de decomiso ante el Tribunal Federal Administrativo de Suiza¹²². Este Tribunal ordena el decomiso si los activos se encuentran bajo el poder de disposición de un PEP - o de un asociado de la PEP - y si tienen origen ilícito¹²³. Para facilitar el decomiso, la LVP crea una presunción legal de la ilicitud de los activos (inversión de la carga de la prueba). La presunción se aplica cuando¹²⁴:

117 Art. 3 (2) LVP.

118 Art. 11 y 12 LVP.

119 Zimmermann 2019, 370.

120 Art. 4 (2) LVP.

121 La base legal se encuentra en la Ley federal sobre la ejecución de embargos internacionales, SR. 946.231, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20000358/index.html>.

122 Art. 14 LVP.

123 Art. 14 (2) LVP

124 Art. 15 LVP.

- El patrimonio de la persona que ejerce el poder de disposición sobre los activos a decomisar creció de manera exorbitante, facilitado por el ejercicio de la función pública del PEP en el estado víctima;
- El grado de corrupción del estado víctima o de la PEP fue notoriamente elevado durante el periodo en el cual aquella persona ejerció una función pública.

La prescripción de la acción penal no puede inhibir el decomiso¹²⁵. El proceso de decomiso se suspende cuando se reanuda el procedimiento de MLA.

7.3 Restitución

La restitución de los activos decomisados bajo las reglas de la LVP se efectúe por medio del financiamiento de programas en el interés público en el estado víctima. Por regla general, se firmará un acuerdo bilateral entre el Consejo Federal de Suiza y las autoridades del estado víctima¹²⁶.

7.4 Vías de derecho

Las decisiones emitidas por las autoridades suizas en el marco de la aplicación de la LVP pueden ser impugnadas ante el Tribunal Federal Administrativo y posteriormente al Tribunal Federal¹²⁷. Los recursos no tienen efecto suspensivo.

125 Art. 14 (3) LVP.

126 Art. 17 y 18 LVP.

127 Art. 21 (1) LVP; Zimmermann 2019, 372.

8 RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DEL PROCESO CIVIL SUIZO

En determinadas circunstancias, el estado víctima, o una de sus empresas, puede presentar una demanda civil, en los tribunales civiles suizos, contra los funcionarios públicos que se hayan enriquecido ilícitamente¹²⁸. Así lo intentó, por ejemplo, Haití para recuperar los activos de una fundación del ex dictador haitiano Jean-Claude Duvalier¹²⁹.

El proceso se desarrolla en el marco de la Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra (LDQ)¹³⁰. Al igual que en el proceso penal, se pueden secuestrar los activos acumulados por el funcionario corrupto (deudor). Posteriormente, puede ordenarse la ejecución forzada, que conduce a la entrega de los activos al estado víctima (acreedor).

8.1 Bloqueo de activos

El acreedor debe hacer verosímil el cumplimiento de tres condiciones para exigir el bloqueo de activos¹³¹:



Necesidad del bloqueo según artículo 271 LDQ. Tal necesidad suele surgir en situaciones en que el acreedor está expuesto al riesgo de no poder satisfacer su derecho, porque el deudor puede disipar los activos.



Existencia de una demanda civil del acreedor en contra del deudor. En el caso Duvalier, el Estado presentó una demanda por daños y perjuicios contra el ex dictador.



Pertenencia del activo al deudor. Especialmente en el contexto de activos vinculados a actos de corrupción, este requisito puede presentar dificultades, ya que los activos en cuestión no suelen estar directamente bajo el control de los presuntos autores de la corrupción, sino que están a nombre de empresas offshore o de testaferrros. Debido a la distribución de la carga probatoria en el proceso civil, corresponde al acreedor demostrar que los activos en cuestión deben atribuirse al deudor¹³².

128 Dannacher 2012, 164 y ss.

129 Cf. Kantonsblatt Basel-Stadt del 13 de julio 2011; Dannacher 2012, 165.

130 Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra, SR. 281.1, disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html>.

131 Dannacher 2012, 165.

132 Art. 9 Código Civil de Suiza.

8.2 Restitución

A fin de garantizar que los activos bloqueados provisionalmente se entreguen efectivamente al acreedor, éste debe iniciar el procedimiento de cobro de deudas¹³³. Consiguientemente, el deudor recibe una orden de pago. Una vez recibida la orden, tiene la opción de saldar la deuda o de objetar la demanda del acreedor¹³⁴.

Si el deudor objeta, el acreedor tiene dos opciones principales:

Si ya existe una decisión civil firme y ejecutoria (u otra “título de apertura legal” [Rechtsöffnungstitel]), puede remover la objeción del deudor.

Si no existe tal título, el acreedor debe empezar un procedimiento civil ordinario.

Cabe señalar que no existe mucha jurisprudencia sobre la restitución de bienes en el marco del proceso penal suizo. Lo que está claro es que la vía civil suele ser extraordinariamente onerosa para el estado víctima¹³⁵. Por un lado, es necesario contratar a un estudio de abogados suizo para el asesoramiento y la representación legal. Por otro lado, los costos de los litigios se basan generalmente en la cantidad de dinero en litigio. En ciertos cantones, se cobra hasta el 1% del monto en disputa, si éste supera 5 millones de Francos suizos¹³⁶.

En conclusión, la vía civil sólo se recomienda para casos excepcionales en los que las condiciones son muy favorables. En principio, el proceso penal y la ALM en materia penal representan vías más interesantes para que el estado víctima recupere los activos malversados.

133 Art. 279(1) LCQ.

134 Art. 74(1) LCQ.

135 Dannacher 2012, 169

136 Cf. §2(3) Ordenancia sobre los costos de los litigios de Basilea-Ciudad; Dannacher 2012, 169.

9 REFERENCIAS DOCTRINALES

- Bondar, M.** (2015), Cooperación jurídica internacional en materia penal, 2nda edn.
- Brun, J.-P. et al.** (2011), Manual para la recuperación de activos
- Dannacher, M** (2012), Diktatorengelder in der Schweiz
- Eymann, S.** (2009), Die strafprozessuale Kontosperr
- Popp, P.** (2000), Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen
- Zimmermann, R.** (2019), La coopération judiciaire internationale en matière pénale
- Seelmann, K./Geth, C.** (2016), Strafrecht Allgemeiner Teil
- Scholl, M.** (2018), Vermögenseinziehung, en: Ackermann (ed.), Kommentar, Kriminelles Vermögen, Kriminelle Organisationen, 259 y ss.
- Trechsel, S./Pieth, M.** (2017), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar

10 ABREVIACIONES

ALM	Asistencia legal mutua en materia penal
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CP	Código Penal de Suiza
CPP	Código Procesal Penal de Suiza
LALM	Ley federal sobre Asistencia Legal Mutua
LDQ	Ley federal sobre el cobro de deudas y quiebra
LVP	Ley federal sobre valores patrimoniales de origen ilícito
MROS	Oficina de Prevención del Lavado de Activos
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PEP	Personas Políticamente Expuestas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
PDVSA	Petróleos de Venezuela SA