

La política criminal moderna y el rol de la recuperación de activos

Oscar Solórzano

Política criminal

La eficacia de la lucha contra los comportamientos antisociales depende en gran medida de la política criminal que los reprime. Por política criminal en un sentido amplio debemos entender todas las acciones destinadas a tener un efecto en la criminalidad. Esto incluye, por ejemplo, tomar decisiones legislativas para decidir que comportamientos constituyen delitos y que sanciones se les debe imponer.

En un sentido de mayor enfoque y en el contexto de la criminalidad económica, el dispositivo jurídico ofrece diversas posibilidades para limitar la expansión de las organizaciones criminales. Desde finales de los años 80 la estrategia se centra en dos elementos clave: la criminalización del lavado de activos y la introducción de mecanismos de recuperación de activos; principalmente el decomiso. En la actualidad los Estados del mundo, en su mayoría, han incorporado en sus marcos jurídicos internos infracciones penales, disposiciones civiles o administrativas en ese sentido.

A partir de la introducción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) el derecho internacional pone a disposición una herramienta que faculta a los Estados víctima de actos de corrupción ejecutados por sus clases dirigentes, a reclamar la restitución de los activos ilícitos que se encuentran depositados en otros estados. La figura central de este mecanismo internacional novedoso es el decomiso penal. Se puede inferir por tanto que el estándar internacional en materia de recuperación de activos de la corrupción es el decomiso penal.

El arsenal jurídico de los Estados va sin embargo más allá. El marco internacional representa solo un estándar mínimo que pretende armonizar furtivamente, es decir a partir de reglas uniformes pero cuyo contenido ha sido voluntariamente reducido a su mínima expresión, con la finalidad de lograr una mayor ratificación de Estados parte.

En el Perú, por ejemplo, es un fenómeno que vemos en otros Estados y a través del cual se han adoptado diferentes herramientas jurídicas en materia de recuperación de activos. Producto de las cuales existen diferentes tipologías de decomiso dentro del proceso penal,

por tomar un ejemplo del derecho nacional, me voy a referir al decomiso de activos contaminados o al decomiso por valor equivalente.

Estas tipologías de decomiso tienen en común la introducción de características que facilitan la recuperación de activos, pero que difieren de la concepción clásica de la política criminal obsoleta, en otras palabras, enfocada en el pasado y casi exclusivamente en la represión del delincuente.

En el caso de los activos contaminados, la herramienta permite atacar activos lícitos, es decir legales, en virtud a que dolosamente el autor del delito los confunde o mezcla con activos ilícitos, en concreto criminales, para disimularlos. En los delitos de lavado de activos, por ejemplo, esta herramienta es de gran utilidad y permite atacar las empresas en apariencia legales que revisten conductas típicas del lavado de activos. La crónica judicial nacional tiene múltiples ejemplos de empresas o conjuntos de empresas en apariencia legales y que han servido para disimular el carácter espurio de activos ilícitos que financian sus actividades.

En el caso del decomiso por valor equivalente, el derecho peruano permite afectar el patrimonio, nuevamente lícito, de un criminal cuando habiendo constatado la existencia de activos ilícitos, estos últimos ya no existen, producto del comportamiento, una vez más doloso, del criminal. En los delitos de corrupción, por tomar otro ejemplo del panorama criminógeno nacional, la herramienta permite afectar los activos lícitos del corrupto cuando se ha determinado que el individuo ha recibido un soborno pero cuyo paradero no es posible determinar, por los andamiajes financieros que el corrupto o sus cómplices han realizado. En este contexto, se afecta, por valor equivalente, el patrimonio lícito que el corrupto pueda disponer.

Estas tipologías de decomiso tienen dos cosas en común: son herramientas de política criminal y, en el Perú por lo menos, han tenido un desarrollo lacunario y marginal. Las estadísticas demuestran claramente que el decomiso penal no ha tenido el resultado propuesto por las convenciones internacionales.

Diversos motivos explican este fenómeno, en particular, la escasa especialización de los operadores de justicia en la aplicación de estas herramientas y su estrecha vinculación con el proceso penal. Su aplicación depende, en efecto, de la condena penal del delincuente sin la cual no es posible ordenar el decomiso de los activos ilícitos.

Decomiso sin condena – extinción de dominio

La política criminal del estado peruano contempla además en su arsenal jurídico una forma de decomiso que no requiere de la condena del autor del delito que originó los activos ilícitos. Se trata de una acción inspirada en el derecho anglosajón que se desarrolla en el marco de un proceso de características civiles y que dirige su acción contra el activo mismo y no contra el autor del delito. Se trata de una acción de carácter real o In rem, como suelen referir los juristas. Esta acción no es penal y por tanto no se aplican los elevados estándares penales como la presunción de inocencia ni los estándares probatorios estrictos del proceso penal. Mi colega Sergio Jiménez, más adelante, disertará del proceso de extinción de dominio, que es como se le denomina a esta acción en el derecho peruano.

El Perú ha adoptado este mecanismo pese a que no existe un consenso internacional para imponer a los Estados la adopción de mecanismos de decomiso sin condena, a cuya familia pertenece la extinción de dominio. El decomiso sin condena existe en la Convención de la ONU, pero solo como una recomendación que los estados deben considerar. Por otro lado, un importante organismo internacional en materia de represión de delitos económicos, el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI, insta a que los Estados adopten mecanismos de decomiso sin condena para completar su arsenal legislativo. Ninguna de estas disposiciones tiene, sin embargo, carácter vinculante.

Ahora bien, si el marco jurídico internacional es lacunario, algunas veces ambiguo, de ninguna manera esto se debe entender como una limitación del legislador nacional para adoptar los mecanismos de recuperación de activos que considere pertinente en un contexto de criminalidad específica; cuya prevención y represión es de su competencia. Estas leyes deben integrarse convenientemente en el marco jurídico nacional respetando la jerarquía de leyes, en particular la constitución y los derechos de carta magna.

Limites en la cooperación internacional: buscando un lenguaje común entre los estados

Al no existir un modelo universal de decomiso sin condena, existe en la actualidad una plétora de tipologías de leyes adoptadas por los estados según sus propios preceptos como la de territorialidad de la ley y la soberanía en su dimensión legislativa. Es decir, los Estados adoptan sus leyes de política criminal según su criterio ideal y siguiendo las dinámicas propias de sus mecanismos legislativos. No son frecuentes en estos esfuerzos los controles de convencionalidad de las normas, lo que, en principio, no permite afirmar que estas leyes sean compatibles internacionalmente. De hecho la práctica judicial internacional así lo demuestra: las herramientas de decomisos sin condena son regularmente rechazados en centros financieros internacionales y no constituyen la regla ya que no todos estados poseen

esta ley o, si disponen de una, esta puede tener características distintas lo que fomenta la incompreensión entre las autoridades competentes.

En mi opinión, sin embargo, existe un lenguaje universal comprensible para todos los Estados de la comunidad internacional, que son los derechos humanos. Con pocas excepciones, los estados están sujetos a la jurisdicción de las Altas Cortes internacional de protección de garantías fundamentales y, en ese sentido, están sometidos a obligaciones relativamente uniformes cuyo contenido no es nacional sino supranacional.

Los DDHH representan por otra lado, el estándar mínimo que se deben respetar en la adopción de estas leyes y en los procesos que las operativizan ya que estos le pertenecen a la humanidad entera independientemente de los conceptos de soberanía y de Estado nación.

Así lo ha definido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una línea jurisprudencial de larga data en la que considera que este tipo de herramientas son compatibles con la garantías fundamentales del CEDH, principalmente con la garantía de los derechos de propiedad y de la presunción de inocencia, cuando son aplicadas de manera racional y proporcional. El análisis de esta Alta Corte es sin embargo en concreto en el contexto de casos, y no se pueden deducir reglas generales aplicables a todos los contextos.

Dicho esto, las cuantiosas decisiones del TEDH que analizan las legislaciones de decomiso sin condena de numerosos Estados bajo su jurisdicción, permiten extraer una serie de lecciones aprendidas útiles en un contexto general.

- Primero, el TEDH considera que existe un consenso y estándar en el espacio jurídico europeo para adoptar este tipo de leyes.
- Segundo, los decomisos sin condena son compatibles en principio con las garantías fundamentales, en particular la presunción de inocencia y la aplicación de estándares civiles, los que no son aplicables por tratarse de acciones contra activos.
- Los Estados son libres de definir las características de estas leyes según el contexto y dimensión de su realidad criminológica, las cortes de DDHH se limitan únicamente a analizar, como se dijo en el contexto de un caso concreto, la compatibilidad de las decisiones sometidas a su conocimiento con las garantías fundamentales. Casos emblemáticos como Phillips contra el Reino Unido o Arcuri contra Italia, describen escenarios criminógenos validados por el Tribunal que permiten a estos Estados flexibilizar considerablemente los conceptos y las garantías del proceso penal para cumplir con mayor eficacia sus objetivos de política criminal.

La extinción de dominio en el Perú apunta explícitamente a ello. Como concepto el decomiso sin condena existe en el país desde el 2007 desde la introducción en el marco jurídico nacional de la ley de pérdida de dominio y sus diferentes modificaciones.

Desde el 2019 la extinción de dominio declara con mayor claridad en su exposición de motivos la preocupación del legislador por el crecimiento descontrolado de la criminalidad económica y financiera. Se trata por tanto, como además lo reconoce ampliamente la ley la doctrina y la jurisprudencia, de un desarrollo fundamental en la política criminal del estado peruano.

El modelo de queso suizo

Adoptada la ley, corresponde pensar en su operatividad de largo plazo, tanto en el plano doméstico como internacional.

En primer lugar, parece indispensable que esta ley se integre en el marco jurídico nacional. Conceptualmente esto significa que la extinción de dominio debe ocupar un lugar al lado de los otros mecanismos de recuperación de activos, como expresamente lo reconoce el art. 102 del CP, referente al decomiso penal. Pero también con los decomisos administrativos o civiles u otros mecanismos de recuperación de activos en un sentido extenso como las multas, las restituciones o la reparación civil. Si bien todos institutos jurídicos permiten la recuperación de activos ilícitos son conceptualmente distintos y ocupan un lugar determinado y específico en la política criminal del Estado.

El modelo de queso suizo se aplica en el contexto de la gestión de riesgos. Me es útil en esta exposición para ilustrar la posición de la extinción de dominio en el panorama de la política criminal peruana. Este modelo reconoce que ningún sistema es perfecto y que todos poseen defectos en su concepción (representados por los huecos en el ejemplo del queso suizo).

Este modelo imagina la funcionalidad de un sistema como una serie de barreras, representadas por las rebanadas de queso. Los agujeros en las rebanadas representan debilidades en las partes individuales y varían en tamaño y posición a través de las cortes. El sistema produce fallos cuando un agujero en cada rebanada se alinea lo que permite una trayectoria de oportunidad de permite la ocurrencia del riesgo: en nuestro caso la criminalidad económica.

Por lo expuesto, la extinción de dominio es una entre varias defensas de la política criminal del estado peruano. Es decir, una rebanada de protección contra la criminalidad financiera que produce activos ilícitos. Si bien sus dinámicas y conceptos son versátiles, estas barreras de protección no son categorías intercambiables y le corresponde un lugar específico en la política criminal nacional.

Es verdad que una parte de la doctrina nacional, inspirada por la doctrina y jurisprudencia colombianas, considera que la extinción de dominio tiene un fundamento en el derecho real. Es decir que su propósito es velar por la licitud de los derechos reales del Perú y por esta razón se alejaría de las consideraciones de política criminal para regular aspectos de los derechos reales.

Esta interpretación tiene la ventaja de desconectar la acción de extinción de dominio del proceso penal, dotándola de una cierta materialidad que ha llevado a algunos a afirmar que se trata de un nuevo derecho. Sin embargo, esta manera de concebir el decomiso sin condena no es unánime internacionalmente. En el derecho estadounidense, por ejemplo, en el que como hemos señalado se inspira esta acción, el decomiso sin condena es claramente una herramienta de política criminal que no compete sino que se coordina con el decomiso penal. Además, el hecho de que la acción se dirija contra activos ilícitos, es decir que se generan en crímenes, hace gravitar indudablemente a sus conceptos el derecho penal con el que debe imperativamente sostener algún tipo de coordinación.

Estado de la cuestión

Como he mencionado anteriormente el decomiso sin condena existe en el Perú desde el 2007. Distintas modificaciones legislativas le han atribuido a través del tiempo diferentes características, todas diseñadas según el entender de la época, para facilitar la tarea de los operadores de justicia.

En el 2019, entro finalmente en vigencia la ley actual de extinción de dominio cuyos frutos no se han hecho esperar. En un breve espacio de tiempo el Perú se ha convertido en un referente en la materia tanto a nivel de montos de activos recuperados como en la expansión internacional de la herramienta.

A solamente un año de la creación del subsistema, se ha podido recuperar mas de 163 millones de soles como recientemente lo ha anunciado el Poder Judicial.

Asimismo, el Ministerio público y las autoridades ejecutivas del Perú han anunciado en diciembre del año pasado la conclusión de un acuerdo tripartito con Suiza y Luxemburgo que prevé la repatriación de 28 millones de dólares depositados en esos centros financieros desde hace décadas. Fue la extinción de dominio y la determinación de los operadores de justicia del sistema especializado lo que ha permitido la recuperación de estos fondos.

Pero quizás la característica más significativa de este desarrollo jurídico nacional es su aspecto internacional. El Perú tiene una amplia experiencia en recuperación de activos de la corrupción internacional. En esta etapa del desarrollo de la herramienta, ha sido el Perú, y

no los otros Estados de la región que la poseen desde hace años, quien ha logrado ejecutar decisiones finales obtenidas en el Perú en países como Suiza y Luxemburgo. Existen en estos Estados decisiones de las Altas cortes federales y de casación que atestan del carácter pertinente e idóneo de la ley de extinción de dominio peruana para recuperar activos ilícitos.

Sin temor a equivocarme me permito afirmar que este desarrollo es inédito y constituye una exclusiva no solo a nivel regional sino internacional. Los casos de recuperación de activos en los que los estados afectados por actos de corrupción han sido capaces de obtener la restitución de activos ilícitos a partir de sus propias leyes y decisiones judiciales son marginales. El Perú es uno de ellos y su casuística se estudia internacionalmente como un caso de suceso. A mi juicio, esta situación posiciona al Perú en un lugar de privilegio para dotar a la extinción de dominio de presencia internacional, y para poder explicar convenientemente sus dinámicas y beneficios y, quizás, de esa manera, inspirar a otros Estados a usar la herramienta internacionalmente forjándole un lugar a la extinción de dominio en el panorama jurídico internacional.