



BASEL INSTITUTE ON
GOVERNANCE

Andrew Dornbierer

Enriquecimiento ilícito

UNA GUÍA SOBRE LAS LEYES
QUE ABORDAN LOS ACTIVOS DE
PROCEDENCIA INEXPLICABLE



Enriquecimiento ilícito

Una guía sobre las
leyes que abordan
los activos de
procedencia
inexplicable

© 2022 Basel Institute on Governance

ISBN: 978-3-9525409-5-4 (PDF)

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

Cítela de la siguiente manera: Dornbierer, A., 2021. *Enriquecimiento ilícito: una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable*. Basilea: Basel Institute on Governance. Disponible en: illicitenrichment.baselgovernance.org

El grupo principal de donantes del International Centre for Asset Recovery financió esta obra en 2020-2021; a saber: el Gobierno de Jersey, el Principado de Liechtenstein, la Agencia Noruega de Cooperación para el Desarrollo (Norad), la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (CONSUDE) y el Ministerio de Asuntos Exteriores, Mancomunidad y Desarrollo del Reino Unido (FCDO).

La traducción de este libro de inglés a español estuvo a cargo de Pantoglot, Ltda., líder en el sector de la traducción en Sudamérica, con sede en Bogotá, Colombia. Adicionalmente, la persona encargada de revisar la versión traducida fue Sandra Comesaña, miembro de Hengeler Mueller, bufete especializado en delitos económicos y empresariales, destacado a nivel internacional, con sede en Alemania.

Contenido

Agradecimientos	9
Siglas y abreviaturas	10
Introducción	11
1 Definiendo una ley sobre enriquecimiento ilícito	18
Resumen	19
1.1 Contexto histórico	21
1.2 Definición del acto de “enriquecimiento ilícito”	25
1.2.1 ¿Qué se considera como “el disfrute de una cantidad de activos”?	25
1.2.2 ¿Qué se entiende por “no se justifica en comparación con los ingresos legítimos”?	26
1.3 ¿Qué es una “ley sobre enriquecimiento ilícito”?	27
1.3.1 Característica 1: imposición de una sanción penal o civil si se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito	28
1.3.2 Característica 2: ausencia de un requisito para probar una actividad delictiva subyacente o independiente	29
1.3.3 Tres ejemplos de leyes sobre enriquecimiento ilícito	30
1.4 Categorías de leyes sobre enriquecimiento ilícito	34
1.4.1 Comparación entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito en derecho penal y en derecho civil.	34
1.4.2 Leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas: requisito adicional relativo a establecer una “sospecha justificada” o “conjetura justificada”.	36
1.5 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y otras leyes similares enfocadas a la recuperación de activos	39
1.5.1 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y la legislación más amplia sobre decomiso sin condena.	39
1.5.2 Diferencia entre la legislación sobre enriquecimiento ilícito y la legislación sobre decomiso ampliado	39
1.5.3 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y el concepto de “enriquecimiento sin causa” como demanda privada de restitución civil	40
2 Diferentes planteamientos al promulgar leyes sobre enriquecimiento ilícito	42
Resumen	43

2.1	Descripción general de las leyes sobre enriquecimiento ilícito	45
2.2	Elementos principales y distintivos de las leyes sobre enriquecimiento ilícito	48
2.2.1	Naturaleza jurídica	48
2.2.2	Ámbitos de aplicación	49
2.2.3	Disposiciones específicas sobre la inversión de la carga de la prueba	63
2.2.4	Facultad legal para que la revelación de información sea de carácter obligatorio.	67
2.2.5	Requisito de establecer una “sospecha fundada” o “supuesto justificado”	69
2.2.6	Sanciones	70
2.3	Medidas precautorias incluidas en algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito	75
2.4	Instrumentos legislativos generales incluidos en las leyes sobre enriquecimiento ilícito	78
2.5	Modelos legislativos comunes relativos a las leyes sobre enriquecimiento ilícito	79
2.5.1	Modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito penales.	79
2.5.2	Modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles	83
2.6	Leyes que comparten similitudes sustanciales con las leyes sobre enriquecimiento ilícito	86
2.6.1	La Orden de Riqueza Inexplicable del Reino Unido.	86
2.6.2	Ley del Producto del Delito (<i>Proceeds of Crime Act</i>) de 1996 de Irlanda	89
2.6.3	Ley sobre el Embargo Preventivo y la Restitución de Activos Ilícitos en Poder de Personas Extranjeras Políticamente Expuestas (<i>Loi sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger</i>) de Suiza	90
2.6.4	Código Penal de Francia (Artículo 321-6).	92
2.6.5	Leyes similares relacionadas con las obligaciones de declaración de bienes	92
2.6.6	Similitudes entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y la legislación tributaria	93

3 Establecer que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito **98**

Resumen **99**

3.1	¿Quién debe probar qué? Los dos elementos comunes que deben abordarse en los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito	101
3.1.1	¿Cómo se expresa el elemento probatorio relativo a la riqueza en las leyes sobre enriquecimiento ilícito?	101
3.1.2	¿Cómo se plantea el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados en las leyes sobre enriquecimiento ilícito?	102

3.2	Comparación de los elementos y la carga de la prueba en los tres modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito	105
3.2.1	Ejemplos de legislaciones que implementan el “Modelo A” –leyes que imponen cargas compartidas–	105
3.2.2	Ejemplos de legislaciones que siguen el “Modelo B” –leyes que imponen al Estado la carga única de ambos elementos–	109
3.2.3	Ejemplos de legislaciones que siguen el “Modelo C” –leyes que le imponen únicamente al demandado la carga de la prueba en lo que refiere al elemento probatorio relativo a ingresos injustificados–	112
3.2.4	Leyes que adoptan un modelo de elementos probatorios, pero que se aplican judicialmente según otro modelo	114
3.2.5	Ofrecer una declaración satisfactoria	116
3.3	Cómo analizan los tribunales los elementos probatorios para determinar si se ha producido un acto de enriquecimiento ilícito	118
3.3.1	Una cuestión de “cálculos matemáticos”	118
3.3.2	Definición de un “período de interés” para calcular el posible enriquecimiento ilícito	120
3.3.3	Cómo determina un tribunal la cantidad total de riqueza de una persona (cifra 1)	121
3.3.4	Cómo determina un tribunal el monto total de los ingresos legítimos de una persona (cifra 2)	125
3.3.5	Paso final: evaluación de la discrepancia entre la cifra 1 y la cifra 2.	126
3.4	Otros elementos contenidos en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, además del elemento probatorio de la riqueza y el de los ingresos injustificados	127
3.4.1	Requisito de probar que el enriquecimiento fue superior a un valor definido o fue “significativo”	127
3.4.2	Requisito de probar la condición de funcionario público	128
3.4.3	Requisito de probar que el enriquecimiento se produjo en un período de tiempo limitado	130
3.4.4	Requisito de probar la sospecha justificada de actividad delictiva	130
3.4.5	No es necesario probar el conocimiento o la intención	130
4	Impugnaciones legales más frecuentes contra las leyes sobre enriquecimiento ilícito	132
	Resumen	133
4.1	Leyes sobre enriquecimiento ilícito, inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia	134

4.1.1	¿Vulneran las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba de manera arbitraria?	135
4.1.2	¿Invierten las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles de manera arbitraria la carga de la prueba?	152
4.2	Leyes sobre enriquecimiento ilícito, el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo	156
4.2.1	¿Infringen las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo?	157
4.2.2	¿Infringen las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles el privilegio de no declarar contra sí mismo?	161
4.3	Las leyes sobre enriquecimiento ilícito y el principio contra su aplicación retroactiva	163
4.3.1	Leyes sobre enriquecimiento ilícito penales y retroactividad	163
4.3.2	Leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles y retroactividad	166
5	Aportes de los especialistas	168
	Resumen	169
5.1	Kenia: La Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos y el decomiso de activos de procedencia inexplicable	171
5.2	República de Mauricio: Persiguiendo activos de procedencia inexplicable mediante la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza	174
5.3	Perú: Enriquecimiento ilícito como herramienta de lucha contra la corrupción y los delitos financieros	177
5.4	Una alternativa a las leyes sobre enriquecimiento ilícito: el recurso de decomiso sin condena provisto en la Ley del Producto del Delito de Irlanda de 1996	181
5.5	Búsqueda de cooperación internacional en casos de enriquecimiento ilícito	187
	Índices	192
	Lista de casos	198

Agradecimientos

Estoy sumamente agradecido con el LLM Pro Bono Research Program de la NYU School of Law impartido por Miriam Eckenfels-Garcia y Shirley Wu; en especial, con mi extraordinario equipo de investigación, compuesto por Aastha Bajaj, Alejandro Jose Cervantes Enamorado, Anna Trine Raudsepp, Apoorva Ahuja, Di Zhao, Doris Matu, Filippo Ciani, Guilherme Donega, Lu Zhang, Lucas Siyang Lim, Mario Cistaro, Minchi Huang, Qiuling Huang, Shiwen Li y Weili Chi, quienes dedicaron horas a esta investigación. Este libro no hubiese sido posible sin el sorprendente apoyo recibido.

También estoy especialmente agradecido con mis compañeros del Basel Institute on Governance por el apoyo que me brindaron durante todo el proceso, entre ellos, Jonathan Spicer y Stephen Ratcliffe (quienes dedicaron su tiempo a revisar y corregir los borradores), Chantal Weigert (quien dedicó bastantes horas a ayudarnos con la investigación, revisión, corrección y traducción), Monica Guy (por su meticulosa revisión y aprobación final de los borradores), Shane McLean (por sus esfuerzos creativos relativos al diseño y la diagramación de la publicación) y Peter Huppertz (por su ayuda en la creación de la base de datos de las leyes sobre enriquecimiento ilícito, disponible en la plataforma LEARN). Asimismo, aprecio el apoyo que recibí de parte de Iman Alwan, Oscar Solórzano, Diana Cordero y Phyllis Atkinson.

Mi más sincero agradecimiento a los profesionales que hicieron sus aportes al libro, entre ellos, Phillip G. Kagucia, Preeya Raghoonundun, Alcides Chinchay, Francis H. Cassidy y, nuevamente, a Jonathan Spicer.

También le agradezco a Jason Sharman, J.C. Weliamuna y Martin Polaine, quienes se encargaron del proceso de revisión por pares de esta obra y me brindaron comentarios constructivos sobre cómo podría mejorarla. Además, le extiendo mi agradecimiento a Pantoglot por haber traducido el libro a español y al bufete Hengeler Mueller por ayudarnos sin costo alguno a garantizar la precisión de la traducción, así como su alta calidad.

Y por último, pero no menos importante, me gustaría agradecerle a mi pareja, Leïla, por su apoyo (y tolerancia), ya que en el último año y medio gran parte de mis temas de conversación se centraron en enriquecimiento ilícito.

Andrew Dornbierer

Siglas y abreviaturas

ACECA	Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (<i>Anti-Corruption and Economic Crimes Act</i>) de 2003 (Kenia)
ACHR	Convención Americana sobre Derechos Humanos
AJM	Asistencia jurídica mutua
AUCPCC	Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC	Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EACC	Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (<i>Ethics and Anti-Corruption Commission</i>) (Kenia)
EE. UU.	Estados Unidos de América
GGIR	Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (<i>Good Governance and Integrity Reporting Act</i>) de 2015 (República de Mauricio)
ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
NCB	Sin condena (recuperación/decomiso)
RU	Reino Unido
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UWO	Orden de Riqueza Inexplicable

Introducción

La identificación y recuperación de las ganancias derivadas de un delito son un gran reto para las agencias del orden público. En la economía moderna y globalizada, las ganancias derivadas de un acto delictivo se pueden lavar casi instantáneamente, a través de una variedad de medios, y se pueden transferir a otros países con facilidad. En economías que se mueven principalmente por intercambios monetarios, las monedas fuertes se pueden convertir con facilidad y transferir de manera rápida entre las partes implicadas sin dejar un rastro apreciable o persistente.

Este desafío relativo a la recuperación de ganancias derivadas de un delito se agrava en el contexto de la corrupción. Los delitos de corrupción suponen una dificultad en términos de identificación e investigación, ya que en la mayoría de los casos, ocurren como consecuencia de una conspiración entre dos o más partes que actúan deliberadamente y, por ende, no hay víctimas inmediatas que puedan presentar una denuncia. Por consiguiente, una parte considerable de los actos de corrupción pasa desapercibida, y los delincuentes pueden disfrutar y beneficiarse de las ganancias derivadas de dichos actos.

Decenas de países de todo el mundo han tratado de abordar estos desafíos al promulgar leyes sobre enriquecimiento ilícito que se enfocan en los resultados evidentes o demostrables de actos delictivos o de corrupción, en lugar de centrarse en la actividad delictiva como tal. Estas leyes permiten a investigadores y fiscales recuperar los activos que evidentemente no provienen de fuentes legítimas sin tener que demostrar, ya sea con un estándar probatorio penal o civil, el acto delictivo que dio lugar a dichas ganancias.

Como se menciona más adelante, y se repite varias veces a lo largo del libro, el enriquecimiento ilícito es un ámbito jurídico controvertido. No obstante, como demuestra la jurisprudencia actual, esto no significa que la implementación y aplicación de leyes sobre enriquecimiento ilícito sea incompatible con los principios jurídicos establecidos. Por el contrario, los tribunales de muchos países consideran que las leyes sobre enriquecimiento ilícito son herramientas justas y eficaces para combatir la corrupción y recuperar las ganancias derivadas de un delito, siempre y cuando se implementen y apliquen dentro de lo razonable.

Asimismo, esta publicación expone una descripción y un análisis exhaustivos del concepto de enriquecimiento ilícito con el objetivo de ofrecer una orientación normativa a las personas que posiblemente elaboren leyes sobre enriquecimiento ilícito, así como orientación técnica a profesionales del orden público y tribunales encargados de implementar estas leyes.

Un concepto jurídico controvertido

El enriquecimiento ilícito suscita una amplia variedad de opiniones. Si bien algunas personas lo consideran una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y otros delitos, así como en la recuperación de activos, otros lo ven como una infracción de los principios jurídicos fundamentales. Por lo general, todo intento de implementar leyes sobre enriquecimiento ilícito da

lugar a un debate legislativo bastante polarizado.

El motivo de esta situación es el siguiente: las leyes sobre enriquecimiento ilícito permiten a los tribunales sancionar a una persona por adquirir o disponer de una cantidad de activos cuyo monto no se puede justificar si se compara con las fuentes lícitas de ingresos; dicha sanción se puede imponer sin necesidad de que el tribunal resuelva, ya sea mediante un estándar probatorio civil o penal, que se ha cometido un acto criminal subyacente o independiente.

Estas leyes se desvían en cierto modo de la doctrina jurídica tradicional; por ende, no es de extrañar que los esfuerzos por implementar este tipo de leyes suelen desencadenar intensos debates.

Los *Travaux Préparatoires*¹ de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) presentan un ejemplo simbólico e ilustrativo de la polarización que provoca este concepto jurídico, pues describen los procesos de negociación subyacentes a la inclusión del Artículo 20 relativo al “enriquecimiento ilícito”. Cuando se presentaron las alternativas de un artículo sobre enriquecimiento ilícito al comité de negociación, numerosas delegaciones expresaron rápidamente su inquietud, es más, Rusia y los Estados miembros de la Unión Europea llegaron a manifestar su deseo de eliminar del tratado el artículo propuesto. A su vez, otras delegaciones respaldaron firmemente la incorporación del artículo. En consecuencia, después de varias sesiones de negociación, se llegó a un acuerdo: se adoptaría el Artículo 20, pero no sería de carácter obligatorio.

Las opiniones divergentes con respecto a este concepto jurídico también se ven reflejadas en los diferentes planteamientos que las jurisdicciones han adoptado en respuesta a esta recomendación. Por un lado, decenas de Estados Parte de la CNUCC han implementado el artículo y han promulgado leyes sobre enriquecimiento ilícito. Por el otro, algunos Estados Parte han defendido su postura en contra del concepto jurídico e incluso sus tribunales se han rehusado a proporcionar cooperación internacional en los esfuerzos de recuperación de activos derivados de leyes sobre enriquecimiento ilícito promulgadas en otros países.

Incluso entre los países que adoptaron leyes sobre enriquecimiento ilícito, hay un desacuerdo sobre la aplicación concreta de dichas leyes. Por consiguiente, las leyes entorno a dicho concepto se han redactado siguiendo planteamientos que son notablemente diversos en todo el mundo. Por ejemplo, mientras que algunos países consideran que el enriquecimiento ilícito se debe abordar desde el derecho penal, otros han legislado que este se debe tratar por la vía civil. Además, aunque algunos países consideran que las leyes sobre enriquecimiento ilícito solo deberían dirigirse a los funcionarios públicos y los actos de corrupción, en otros se considera que este tipo de leyes son valiosas para combatir otros delitos, como aquellos relacionados con el tráfico de drogas. Incluso la terminología básica relacionada con el concepto es motivo de desacuerdo, ya que muchos

1 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Corruption*, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 195-200.

países utilizan términos alternativos para describirlo y definirlo en su legislación; por ejemplo, “activos de procedencia inexplicable” o “enriquecimiento sin causa”.

El hecho de que, hasta la fecha, el enriquecimiento ilícito siga siendo en gran medida, un ámbito del derecho poco desarrollado y probado, acentúa las opiniones divergentes. Si bien algunos Estados ya habían promulgado leyes sobre enriquecimiento ilícito desde las décadas de los cincuenta y sesenta, solo un número limitado de países contaban con una ley de este tipo a principios del nuevo siglo. En las últimas dos décadas, decenas de países han implementado leyes sobre enriquecimiento ilícito, pero todavía hay incertidumbre entre los profesionales en lo que respecta a la forma en que deberían aplicarse. Es por eso que muchos países se han mostrado reticentes a usarlas. Por ejemplo, aunque en Tanzania existe una ley sobre enriquecimiento ilícito desde el 2007, no fue sino hasta el 2019 que se iniciaron los primeros procedimientos judiciales relativos a esta disposición.

El resultado de este uso tentativo de las leyes sobre enriquecimiento ilícito es una escasez general de jurisprudencia y experiencia legal en este ámbito. Por lo tanto, es comprensible que se siga debatiendo en torno a la eficacia de las leyes sobre enriquecimiento ilícito y su compatibilidad general con las normas establecidas.

En vista de la naturaleza poco desarrollada de la legislación sobre enriquecimiento ilícito, este libro se queda corto al recomendar estas leyes como una solución infalible en la lucha contra la corrupción y otros delitos. Todavía hay aspectos complejos en torno a este concepto que se deben explorar adecuadamente ante los tribunales, de modo que aún es importante abordar con precaución el campo de las leyes sobre enriquecimiento ilícito. No obstante, tampoco cabe duda de que dichas leyes tienen un potencial notorio en el ámbito de la recuperación de activos. Tras la implementación exitosa de este tipo de leyes en varias jurisdicciones, no es de extrañar que cada vez más países estén recurriendo a estos mecanismos para judicializar casos de corrupción y actividades delictivas en general y para recuperar las ganancias derivadas de un delito.

Estructura del libro

Esta obra está compuesta por cinco partes. **La primera parte** reúne información de tratados internacionales y leyes de todo el mundo para brindar una definición básica del concepto principal de enriquecimiento ilícito, así como una descripción general de los aspectos que componen una “ley sobre enriquecimiento ilícito”. Describe la diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito desde el punto de vista del derecho penal y civil. Asimismo, expone la diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito ordinarias y cualificadas, las cuales exigen un umbral probatorio de “sospecha” o “conjetura” justificada antes de poderlas aplicar. Esta parte también analiza las características que distinguen una ley sobre enriquecimiento ilícito de otro tipo común de legislación sobre recuperación de activos, como leyes sobre decomiso ampliado y leyes sobre decomiso sin condena.

La segunda parte ofrece una descripción detallada de los múltiples enfoques adoptados por los organismos legislativos de distintas jurisdicciones para abordar el enriquecimiento ilícito. En esta se presentan las principales similitudes y diferencias entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito de las distintas jurisdicciones, y se describe cómo los legisladores han redactado sus leyes en función de diversas categorías de riqueza y personas. Además, se analiza la forma en que las jurisdicciones han incluido diferentes umbrales probatorios relacionados con aspectos como el valor del presunto enriquecimiento. Esta parte también describe los tipos de medidas precautorias que han implementado los países con leyes sobre enriquecimiento ilícito para garantizar que estas leyes se apliquen de forma justa, no den lugar a un abuso procesal y se revisen periódicamente. Asimismo, al leer esta parte se debe remitir al Anexo 1, el cual es una recopilación de 98 leyes sobre enriquecimiento ilícito y varios instrumentos legislativos similares a este tipo de leyes.

La tercera parte brinda orientación a investigadores y fiscales con respecto a las maneras de probar o refutar el enriquecimiento ilícito, y cómo se ha logrado anteriormente. Incluye un resumen de los hechos del enriquecimiento ilícito que las partes implicadas deben establecer ante los tribunales penales o civiles. También analiza la metodología jurídica común que ha sido aceptada e implementada por los tribunales para determinar si se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito. Además, al recopilar la jurisprudencia de diferentes países, esta parte describe los tipos comunes de pruebas que los investigadores y fiscales han utilizado para demostrar eficazmente que una persona o entidad se ha beneficiado del enriquecimiento ilícito.

La cuarta parte ofrece orientación a juristas con respecto a los desafíos legales que pueden surgir al adoptar y aplicar leyes sobre enriquecimiento ilícito. En concreto, esta sección analiza las impugnaciones interpuestas en todo el mundo, especialmente aquellas que se refieren a derechos establecidos, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el privilegio de no declarar contra sí mismo y el principio contra la aplicación retroactiva de las leyes.

Por último, **la quinta parte** está compuesta por aportes de terceros. Tres de estas descripciones generales aportan una reflexión profesional de los mecanismos de enriquecimiento ilícito en la República de Mauricio, Kenia y Perú. Otro de los aportes ofrece una descripción general del único mecanismo enfocado en las ganancias derivadas de un delito que actualmente se utiliza en Irlanda. La última contribución analiza los desafíos que pueden surgir durante la investigación y el enjuiciamiento de casos internacionales de enriquecimiento ilícito, en especial los problemas que los especialistas deben prever al buscar asistencia jurídica mutua en este contexto.

Este libro también cuenta con dos anexos:

El Anexo 1: “Recopilación de leyes sobre enriquecimiento ilícito y otros instrumentos legislativos relevantes” contiene fragmentos textuales de todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito que se identificaron durante el proceso investigativo de este libro. También incluye fragmentos textuales de otros instrumentos legislativos relativos a la recuperación de activos que se mencionan en este libro para efectos comparativos.

El Anexo 2: “Cómo probar casos de enriquecimiento ilícito mediante investigaciones financieras y estado de origen y aplicación de fondos” es una guía técnica para los profesionales. Describe un método que se puede utilizar para demostrar con certeza que una persona ha disfrutado de activos que posiblemente no se derivan de fuentes legítimas, conocido como el método de estado de origen y aplicación de fondos. Incluye una guía en la que se explica paso a paso la investigación financiera que se debería realizar para oficiar este proceso de análisis.

Nota sobre las definiciones y la metodología de la investigación jurídica

El autor, en colaboración con personal del Basel Institute on Governance y un equipo de quince estudiantes de maestría en derecho de la New York University vinculados al NYU LLM Pro Bono Research Program llevaron a cabo la investigación inherente a la creación de este libro. Los investigadores recurrieron a una amplia variedad de fuentes –entre ellas, bases de datos y sitios web gubernamentales, bases de datos jurídicas, artículos académicos, informes de organizaciones internacionales y ONG, así como fuentes periodísticas– con el fin de identificar cada una de las jurisdicciones en las que se ha promulgado una ley sobre enriquecimiento ilícito o un instrumento similar. Los investigadores también trataron de identificar fallos judiciales relacionados con estas leyes para aportar más claridad sobre cómo se ponen en práctica.

Los parámetros iniciales de la investigación eran amplios, y los investigadores se centraron en todo tipo de leyes que permiten a un tribunal imponer sanciones en casos en los que no se establecen fuentes legales de la riqueza de una persona. Debido a estos parámetros, se incluyó otro tipo de leyes sobre recuperación de activos, entre ellas, leyes tradicionales de recuperación civil y leyes sobre decomiso ampliado. Sin embargo, fue algo intencional, ya que facilitó el análisis de una amplia gama de material legislativo relevante, cuyo objetivo era:

- identificar las posibles características universales que diferencian las “leyes sobre enriquecimiento ilícito” de otros mecanismos existentes centrados en la recuperación de activos; y
- orientar la creación de una definición de “enriquecimiento ilícito” y “ley sobre enriquecimiento ilícito” que permita lograr una comprensión más universal del concepto.

Tras el análisis del material recopilado durante este proceso investigativo, el acto de enriquecimiento ilícito se define en esta publicación como el disfrute de una cantidad de activos cuyo monto no se justifica en comparación con los ingresos legítimos. La Sección 1.2 incluye una explicación y justificación adicional de esta definición.

El propósito de crear una definición universal del acto de “enriquecimiento ilícito” es aclarar un ámbito en el que existen múltiples definiciones y términos para referirse al mismo concepto. Por ejemplo, hoy en día se utilizan indistintamente términos como “enriquecimiento ilícito”, “activos de procedencia inexplicable” y “enriquecimiento sin causa” para referirse a un

conjunto de circunstancias que son exactamente iguales o muy similares. En consecuencia, este libro pretende reducir las ambigüedades existentes y lograr una consistencia al elaborar una definición universal básica del concepto que abarque el mayor número posible de interpretaciones presentes en los tratados internacionales, la legislación nacional y las publicaciones académicas.

Además de orientar la redacción de una definición del acto de enriquecimiento ilícito, el análisis del material cotejado también facilitó la formulación de una definición del concepto de “ley sobre enriquecimiento ilícito”. En esta publicación, las “leyes sobre enriquecimiento ilícito” son aquellas que cumplen los siguientes parámetros:

- **Facultan a un tribunal para imponer una sanción penal o civil si este resuelve que se cometió un acto de enriquecimiento ilícito** –de acuerdo con la definición anterior de este término–.
- **No especifican que sea necesario presentar pruebas de una actividad delictiva subyacente o independiente antes de imponer la sanción.**

Como se demostrará en esta publicación, la estructura de las leyes sobre enriquecimiento ilícito varía considerablemente en todo el mundo. A pesar de estas variaciones, todas estas leyes tienen puntos clave en común y permiten la imposición de consecuencias jurídicas inapelables si se demuestra ante un tribunal un conjunto de hechos que son exactamente iguales o muy similares, independientemente de si la ley se basa en un procedimiento penal o civil.

La creación de los parámetros mencionados anteriormente se basa en el análisis exhaustivo de la legislación y los fallos judiciales de más de 100 países y se logró al evaluar qué leyes se deben incluir en un debate general sobre el enriquecimiento ilícito. Los parámetros se basan en un conjunto universal de características que existen en las “leyes sobre enriquecimiento ilícito” identificadas que, de manera significativa, las distinguen de otros tipos existentes de legislaciones centradas en las “ganancias derivadas de un delito”.

Es cierto que se trata de un conjunto de parámetros más amplio que los que se han utilizado en publicaciones anteriores, que suelen limitar la expresión “ley sobre enriquecimiento ilícito” a aquellas leyes que adoptan la forma de un delito penal. Sin embargo, dado que las leyes en derecho civil y penal que se analizan en este libro permiten a un tribunal imponer sanciones si se establece la comisión de un acto de enriquecimiento ilícito, esta publicación ha establecido estos parámetros más amplios con el fin de garantizar que todas las leyes pertinentes se tengan en cuenta a la hora de abordar este concepto.

No obstante, para que sea consistente y claro a lo largo del libro, también se han esbozado otras subcategorías de leyes sobre enriquecimiento ilícito y se han clasificado las leyes pertinentes como “ley sobre enriquecimiento ilícito penal” o “ley sobre enriquecimiento ilícito

civil”, dependiendo del procedimiento jurídico que se lleve a cabo.² Además, se han tipificado otras leyes como “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas” si contienen umbrales probatorios relacionados con una sospecha o conjetura justificada de que se ha cometido algún tipo de actividad delictiva.³ La creación de estas subcategorías busca resaltar aún más las similitudes y diferencias que existen entre las leyes que se encuentran enmarcadas en la definición general de “ley sobre enriquecimiento ilícito” y reducir aún más cualquier ambigüedad que pueda surgir en futuros debates sobre este tema.

Por último, también es importante resaltar que se trató de lograr la mayor precisión posible a la hora de clasificar algunas leyes como “leyes sobre enriquecimiento ilícito” o “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas” y, para ello, se recurrió a las cláusulas de los instrumentos legislativos identificados, así como a cualquier tipo de información incluida en los fallos judiciales correspondientes. Desde luego, la aplicación concreta de las leyes suele depender de la manera en que determinadas normas aclaran diferentes aspectos de una ley, o la forma en que el poder judicial de un Estado interpreta las cláusulas de dicha ley. Se ha hecho todo lo posible por identificar las normas vigentes e interpretaciones judiciales de las leyes incluidas en este libro. Sin embargo, existe la posibilidad de que no se hayan tenido en cuenta algunas de las normas relevantes o aspectos fundamentales de la interpretación, en especial si dicho material no estaba disponible en fuentes digitales. En caso de que se conozca nueva información luego de publicar este libro se hará todo lo posible por corregir las imprecisiones que puedan surgir.

2 En la Sección 1.3 se incluye una justificación adicional sobre la decisión de optar por el término “leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles” en lugar de “leyes sobre activos de procedencia inexplicable”.

3 Asimismo, en la Sección 1.4.2 se encuentra una explicación detallada del término “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas”.

Primera parte

Definiendo
una ley sobre
enriquecimiento
ilícito

Resumen

Hay que partir de la base de que la definición de “enriquecimiento ilícito” varía considerablemente de una jurisdicción a otra.

El término “enriquecimiento ilícito” ni siquiera es universal, ya que dependiendo del país el concepto es denominado como “enriquecimiento ilegal”, “ganancias ilícitas”, “enriquecimiento sin causa”, o como adquisición de “activos de procedencia inexplicable” o “bienes de procedencia inexplicable”.

De igual forma, el alcance de lo que constituye un acto de “enriquecimiento ilícito” puede variar notablemente según la jurisdicción, dependiendo de las diferentes características que esta haya incluido en su legislación. No es de extrañar que en términos generales las publicaciones y los debates sobre este tema sean inconsistentes y, por consiguiente, haya una desorientación entre los profesionales en cuanto a lo que se refiere el término “enriquecimiento ilícito”.

Con el fin de abordar esta confusión, la primera parte:

- Expone el contexto histórico del concepto de enriquecimiento ilícito.
- Ofrece una definición básica y de aplicación universal del acto de “enriquecimiento ilícito”.
- Describe lo que representa una “ley sobre enriquecimiento ilícito” y explica la diferencia entre las “leyes sobre enriquecimiento ilícito penales” y las “leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles”, así como la distinción entre “leyes sobre enriquecimiento ilícito ordinarias” y “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas”.
- Muestra la diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y otros mecanismos comunes de recuperación de activos.

Síntesis de definiciones de los conceptos fundamentales

–se explican a detalle más adelante–

Enriquecimiento ilícito	El disfrute de una cantidad de activos cuyo monto no se justifica en comparación con los ingresos legítimos.
<i>“El disfrute de una cantidad de activos”</i>	Adquirir, recibir o emplear algo con valor pecuniario.
<i>“No se justifica en comparación con los ingresos legítimos”</i>	Falta de pruebas que acrediten las fuentes legítimas o no delictivas de las que proceden los activos.
Ley sobre enriquecimiento ilícito	Cualquier disposición contenida en un instrumento legal que faculta a un tribunal para imponer una sanción penal o civil si resuelve que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito –de conformidad con la definición anterior– y que no precisa la necesidad de establecer una actividad delictiva subyacente o independiente antes de poder imponer dicha sanción.
Ley sobre enriquecimiento ilícito penal	Cualquier ley sobre enriquecimiento ilícito que constituya un delito, se aplique de conformidad con procedimientos penales y conlleve sanciones penales.
Ley sobre enriquecimiento ilícito civil	Cualquier ley sobre enriquecimiento ilícito que adopte la forma de un proceso de orden civil, se aplique de conformidad con procedimientos civiles y pueda dar lugar a una orden de compensación contra una persona.
Ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada	Leyes que podrían enmarcarse en la definición anterior de ley sobre enriquecimiento ilícito, pero que exigen el aporte de pruebas de una “sospecha justificada” o una “conjetura justificada” de que se ha cometido algún tipo de actividad delictiva subyacente o independiente.

1.1 Contexto histórico

Como se explica a modo de anécdota en *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, uno de los primeros intentos de aprobar un proyecto de ley relativo al concepto de “enriquecimiento ilícito” estuvo a cargo de Rodolfo Corominas Segura, un diputado argentino de la década de los treinta, quien lo vio necesario tras conocer a un funcionario público que abiertamente gozaba de una cantidad de activos que no era acorde al salario que devengaba por su cargo.⁴ Si bien este primer intento fracasó en Argentina, a lo largo de las siguientes décadas empezaron a surgir avances exitosos en la legislación contra el enriquecimiento ilícito en varios países.

A principios de la década de los cincuenta, Hong Kong implementó una regulación que establecía como falta disciplinaria el hecho de que los funcionarios públicos no pudieran justificar cómo adquirirían activos o mantenían un estilo de vida que no era acorde a sus salarios.⁵ Dicha ley fue la precursora del instrumento legal sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong, que entró en vigor en 1971. En 1955, Filipinas adoptó una primera versión de la ley sobre enriquecimiento ilícito, según la cual “se asumía en principio que” los bienes de un funcionario público que fuesen “claramente desproporcionados” con respecto a sus ingresos legítimos “provenían de fuentes ilícitas”, a menos que la persona explicara “a satisfacción de un tribunal” de qué fuentes procedían los bienes en cuestión.⁶ En 1960, Pakistán incorporó un delito de enriquecimiento ilícito en su Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*), en virtud de la cual la “posesión de bienes desproporcional a las fuentes de ingresos conocidas” podría suponer pena de prisión, multas y el decomiso de bienes.⁷ Entretanto, en 1964, la India promulgó una ley propia, al igual que Argentina, que logró introducir el concepto de enriquecimiento ilícito en su legislación veinte años después del primer intento liderado por Rodolfo Corominas Segura.⁸

A partir de este impulso gradual, otros países promulgaron leyes en relación con el concepto de enriquecimiento ilícito en las dos décadas siguientes. Egipto adoptó una ley en 1975 que calificaba de “ganancia ilegal” “todo aumento de riqueza” de un funcionario público, que “no fuese proporcional a [sus] recursos”.⁹ Senegal aprobó una ley en 1981, en la cual se estipulaba que el enriquecimiento ilícito era una situación en la que un funcionario público “no puede justificar el

4 L. Muzila y otros, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Banco Mundial, Washington, 2012, p. 7.

5 I. McWalters SC y otros, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, pp. 381–382.

6 [Traducción no oficial] Ley de la República N.º 1379, una ley que emite una orden a favor del Estado mediante la cual se decomisa cualquier bien que se haya demostrado que fue adquirido de forma ilícita por un funcionario público y que estipula los procesos legales correspondientes (18 de junio de 1955) (Filipinas).

7 [Traducción no oficial] Ordenanza sobre Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Ordinance*) (Enmienda Pakistán Occidental) de 1960 (Ordenanza de Pakistán Occidental XVII de 1960), Sección 2; esta sección incorporó la Sección 5C en la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1947 (Pakistán).

8 L. Muzila y otros, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Banco Mundial, Washington, 2012, p. 8.

9 [Traducción no oficial] Ley N.º 62 de 1975, relativa a las ganancias ilegales (Egipto), Artículo 2.

origen legítimo de los recursos que le permiten poseer determinados bienes o llevar un estilo de vida que no es acorde a sus ingresos legítimos”.¹⁰ Brunéi Darussalam aprobó una ley en 1982, que refleja el modelo implementado en Hong Kong y establece un delito de “posesión de bienes de procedencia inexplicable”, por el cual un funcionario público que posee bienes o lleva un estilo de vida desproporcionales a sus ingresos legítimos podría llegar a enfrentarse a sanciones penales.¹¹ También se promulgaron leyes en países como Cuba,¹² Turquía¹³ y Níger.¹⁴

El concepto de enriquecimiento ilícito dio un gran giro en el ámbito internacional en 1996, cuando la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC- se convirtió en la primera convención en incluir el enriquecimiento ilícito en su Artículo IX, definiendo el concepto como “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él...”.¹⁵

En 2003, la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (AUCPCC) fue la segunda convención en incluir una disposición sobre enriquecimiento ilícito. En ella se define el concepto en el Artículo 1 de manera similar: “...el aumento significativo del patrimonio de un funcionario público o cualquier otra persona respecto a sus ingresos que no pueda ser razonablemente justificado por este”.¹⁶

Por último, ese mismo año, la CNUCC también agregó una disposición sobre enriquecimiento ilícito, señalando en su Artículo 20 lo siguiente:

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del

10 [Traducción no oficial] Código Penal, Ley N.º 1965-60 (Senegal), Artículo 163 bis (Fragmento original: ‘De l’enrichissement illicite: L’enrichissement illicite de tout titulaire d’un mandat public électif ou d’une fonction gouvernementale, de tout magistrat, agent civil ou militaire de l’Etat, ou d’une collectivité publique, d’une personne revêtu d’un mandat public, d’un dépositaire public ou d’un officier public ou ministériel, d’un dirigeant ou d’un agent de toute nature des établissements publics, des sociétés nationales, des sociétés d’économie mixte soumises de plein droit au contrôle de l’Etat, des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, des ordres professionnels, des organismes privés chargés de l’exécution d’un service public, des associations ou fondations reconnues d’utilité publique, est puni d’un emprisonnement de cinq à dix ans et d’une amende au moins égale au montant de l’enrichissement et pouvant être portée au double de ce montant. Le délit d’enrichissement illicite est constitué lorsque, sur simple mise en demeure, une des personnes désignées ci-dessus, se trouve dans l’impossibilité de justifier de l’origine licite des ressources qui lui permettent d’être en possession d’un patrimoine ou de mener un train de vie sans rapport avec ses revenus légaux.’).

11 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1982 (Brunéi Darussalam), Sección 12.

12 Ley N.º 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29 de diciembre de 1987.

13 [Traducción no oficial] Ley sobre Declaración de Activos y Lucha contra el Soborno (*Law on Declaration of Assets and Combat against Bribery*), Ley N.º 3628 (Fecha de entrada en vigor 19 de abril de 1990) (Turquía).

14 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger).

15 Convención Interamericana contra la Corrupción, Artículo IX.

16 [Traducción no oficial] Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, Artículo 1.

*patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.*¹⁷

Si bien la CICC fue la única convención internacional que empleó cláusulas de carácter obligatorio al describir el enriquecimiento ilícito,¹⁸ la inclusión de dicho concepto en estas tres convenciones desencadenó un aumento exponencial en la prevalencia de leyes sobre enriquecimiento ilícito en todo el mundo.

A medida que más jurisdicciones iban introduciendo este tipo de leyes, lo hacían de forma cada vez más variada. Hasta principios del nuevo siglo gran parte de las leyes sobre enriquecimiento ilícito se redactaron desde el punto de vista del derecho penal;¹⁹ no obstante, una variedad de países empezó a implementar leyes sobre enriquecimiento ilícito basadas en el derecho civil, según las cuales el acto de enriquecimiento ilícito ya no se consideraba un delito sino un motivo para emitir un ordenamiento civil contra una persona por el valor del enriquecimiento probado. Por ejemplo, en el año 2000, una de las jurisdicciones estatales de Australia,²⁰ la de Australia Occidental, incorporó las “declaraciones de riqueza inexplicable”, en virtud de las cuales un tribunal puede ordenar a una persona que abone al Estado el valor de su riqueza si esta excede la “riqueza legalmente adquirida”.²¹ Esta ley supuso una importante variación de la norma por dos motivos. En primer lugar, porque se basa en un procedimiento civil y, en segundo lugar, porque se puede utilizar para perseguir no solo a funcionarios públicos por ganancias derivadas de actos de corrupción, sino a “cualquier persona” que posea activos de procedencia inexplicable. De hecho, el propósito principal de la ley fue perseguir a traficantes de drogas y sus ganancias derivadas de estos delitos.²²

Entre las docenas de países que hasta la fecha han promulgado leyes sobre enriquecimiento ilícito se encuentran Kenia –que en 2007 introdujo en su legislación anticorrupción una orden

17 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Artículo 20.

18 Si bien las cláusulas incluidas en el Artículo IX son de carácter obligatorio –en el cual se estipula que los Estados Parte “adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito” el enriquecimiento ilícito–, este también incluye una limitación por medio de la cual dichas medidas pueden estar “[c]on sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, lo cual posiblemente anula el carácter obligatorio.

19 Salvo la Ley de la República N.º 1379, una ley que emite una orden a favor del Estado mediante la cual se decomisa un bien que se haya demostrado que fue adquirido de forma ilícita por un funcionario público y que estipula los procesos legales correspondientes (18 de junio de 1955) (Filipinas).

20 Australia tiene un ordenamiento jurídico federal compuesto por nueve jurisdicciones independientes que funcionan en paralelo: una jurisdicción federal y ocho jurisdicciones estatales/territoriales.

21 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Sección 12.

22 Australia Occidental, *Debates Parlamentarios*, Asamblea Legislativa, 29 de junio de 2000, 8611 (Sr. Baron Sullivan - Secretario del Parlamento); véase a modo de ejemplo el siguiente fragmento traducido de la segunda lectura del discurso: “El tráfico de drogas ha proliferado debido a las deficiencias del sistema actual. Los líderes de los carteles de la droga siguen operando mientras las autoridades carecen de pruebas para vincular sus activos a sus actividades delictivas. Asimismo, debido a que la carga de la prueba recae sobre las autoridades, es difícil demostrar un nexo entre los activos de procedencia inexplicable y la conducta delictiva. Sin un sistema de decomiso eficaz, el tráfico de drogas sigue siendo rentable. Ante esta nueva era del crimen organizado, se requieren planteamientos más eficaces y focalizados, que se sustenten en un marco estatutario sólido, a fin de decomisar las ganancias derivadas de la actividad delictiva y los bienes usados en la misma”.

civil enfocada en los “activos de procedencia inexplicable”–,²³ Camboya –que aprobó una ley para perseguir los aumentos de riqueza de los funcionarios públicos que no pudieran justificarlos “en comparación con sus ingresos legales”–,²⁴ Yibuti –donde “el hecho de que un funcionario público no pueda justificar el aumento sustancial de sus activos respecto a sus ingresos legítimos ahora se castiga con quince años de prisión”–,²⁵ Ecuador –donde alguien que “haya obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado” puede ser sancionado según las provisiones del Código Penal–,²⁶ Moldavia –donde los funcionarios públicos pueden ser sancionados penalmente si se descubre que poseen activos por un valor que “exceda sustancialmente los ingresos percibidos” y que “no podrían haber sido obtenidos legalmente”–,²⁷ y otras ocho jurisdicciones australianas, que han establecido sus propias versiones de órdenes civiles para abordar casos de riqueza “de procedencia inexplicable”.²⁸

Durante la investigación se identificaron un total de 98 leyes sobre enriquecimiento ilícito que actualmente están en vigor en diversas partes del mundo.²⁹

-
- 23 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Sección 55.
- 24 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Law*) de 2010 (Camboya), Artículo 36.
- 25 [Traducción no oficial] Ley N.º 111/AN/11/6.⁹ L relativa a la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves (25 de mayo de 2011) (Yibuti), Artículo 11 (Fragmento original: 'Le fait pour un agent public de ne pouvoir raisonnablement justifier l'augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes, est puni de 15 ans d'emprisonnement [et] de 5.000.000 FD d'amende'.).
- 26 Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, de 10 de febrero de 2014, Artículo 279 (Fragmento original: 'Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.').
- 27 [Traducción no oficial] Código Penal de 2002 (enmendado por la Ley Penal 326 desde el 23 de diciembre de 2013) (Moldavia), Artículo 330/2.
- 28 [Traducciones no oficiales] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Australia: Jurisdicción Federal), Parte 2-6; Ley sobre Confiscación de Activos Ilícitos (*Confiscation of Criminal Assets Act*) de 2003 (modificada por la Enmienda a la Ley sobre Confiscación de Activos Ilícitos (Riqueza Inexplicable) (*Confiscation of Criminal Assets (Unexplained Wealth) Amendment Act*) de 2020) (Australia: Territorio de la Capital Australiana), Parte 7A; Ley sobre Recuperación de Activos Ilícitos (*Criminal Assets Recovery Act*) de 1990, Ley N.º 23 (Australia: Nueva Gales del Sur), Parte 3, Sección 2; Ley sobre Decomiso de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Forfeiture Act*) de 2002 (Australia: Territorio del Norte), Parte 6, Sección 1; Ley sobre Confiscación de Ganancias derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Proceeds Confiscation Act*) de 2002 (modificada por la Enmienda a la Ley sobre Confiscación de Ganancias derivadas de Actos Delictivos (Orden de Decomiso por Delitos Graves relativos al Tráfico de Drogas y Riqueza Inexplicable) (*Criminal Proceeds Confiscation (Unexplained Wealth and Serious Drug Offender Confiscation Order) Amendment Act*) de 2013) (Australia: Queensland), Parte 5A; Ley sobre Crimen Organizado y Delitos Graves (Riqueza Inexplicable) (*Serious and Organised Crime (Unexplained Wealth) Act*) de 2009 (Australia: Australia Meridional), Parte 2; Ley sobre Delitos (Confiscación de Ganancias) (*Crime (Confiscation of Profits) Act*) de 1993 (enmendada en el 2014) (Australia: Tasmania), Parte 9; Ley sobre Confiscación (*Confiscation Act*) de 1997 (enmendada en el 2014) (Australia: Victoria), Parte 4A.
- 29 Incluye el término “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas” (que se explica en la sección 1.4.2).

1.2 Definición del acto de “enriquecimiento ilícito”

Si bien el enriquecimiento ilícito se ha convertido en un concepto jurídico ampliamente adoptado, todavía existe una gran incertidumbre entre los especialistas sobre el significado del concepto. Esto es comprensible, puesto que no existe una definición unánime de enriquecimiento ilícito. Así mismo, tanto la redacción como el desarrollo práctico de las leyes sobre enriquecimiento ilícito varían significativamente de una jurisdicción a otra.

Si bien la CNUCC ofrece cierta orientación al respecto, incluso la redacción del Artículo 20 no puede considerarse una definición universal del concepto de enriquecimiento ilícito pues muchos países con leyes relativas a este término han adoptado enfoques notablemente diferentes a la CNUCC al definir el concepto en sus respectivas jurisdicciones. En este sentido, la CNUCC caracteriza el enriquecimiento ilícito como un incremento “intencionado” y “significativo” del patrimonio de un “funcionario público” que no se puede justificar en relación con sus ingresos legítimos. Sin embargo, muchas jurisdicciones adoptan una interpretación más amplia del concepto y no requieren necesariamente que el enriquecimiento sea “intencionado” o “significativo”, o que sea cometido por un funcionario público.

En vista de la considerable variación en la redacción legislativa en gran parte del mundo, la definición universal del enriquecimiento ilícito –“enriquecimiento sin causa”, “adquisición de activos de procedencia inexplicable”, entre otros– debería ser más amplia para dar cabida a planteamientos más generales.

Partiendo de las definiciones estipuladas en las 98 leyes analizadas, podría afirmarse que el acto de enriquecimiento ilícito puede reducirse a dos componentes fundamentales que de alguna forma están presentes en todas las interpretaciones legislativas, independientemente de la jurisdicción. A grandes rasgos, el acto de enriquecimiento ilícito se puede definir como **el disfrute de una cantidad de activos cuyo monto no se justifica en comparación con los ingresos legítimos.**

Naturalmente, la aplicación de estos dos elementos destacados variará sustancialmente en función de la interpretación individual de cada jurisdicción y del alcance de las definiciones previstas en sus leyes de los términos “activos” e “ingresos”. También variará el tipo de “persona” que puede ser responsable de un acto de enriquecimiento ilícito, dependiendo de si la ley se dirige a todas las personas o a un grupo determinado de personas, como pueden ser los funcionarios públicos.

1.2.1 ¿Qué se considera como “el disfrute de una cantidad de activos”?

En el contexto del enriquecimiento ilícito, “el disfrute de una cantidad de activos” se refiere a la adquisición, el recibimiento o el uso de cualquier objeto de **valor pecuniario.**

Los objetos específicos que una persona puede adquirir, recibir o utilizar y que pueden contribuir a su enriquecimiento ilícito varían considerablemente de una jurisdicción a otra. Muchas jurisdicciones

limitan la definición de enriquecimiento ilícito, considerando únicamente situaciones en las que alguien ha adquirido activos tradicionales tangibles y/o intangibles que no pueden justificarse en referencia a sus ingresos legítimos –por ejemplo, cuando una persona adquiere de manera inexplicable varias casas o su saldo bancario aumenta de forma significativa–.

Otras jurisdicciones también tienen en cuenta situaciones en las que alguien se ha beneficiado de una serie de elementos intangibles más amplios, pero aun así limitados, como la reducción de pasivos –por ejemplo, el reembolso de una hipoteca– o la prestación de ciertos servicios.

Por el contrario, al otro extremo del panorama legal, varias jurisdicciones definen el enriquecimiento ilícito como el disfrute no justificado de cualquier objeto de valor pecuniario que pueda considerarse una aportación al “nivel de vida” de una persona.

1.2.2 ¿Qué se entiende por “no se justifica en comparación con los ingresos legítimos”?

Aunque su interpretación también varía dependiendo de la jurisdicción, la frase **“no se justifica en comparación con los ingresos legítimos”** se refiere a la ausencia de pruebas que demuestren las fuentes legítimas o no delictivas de los activos –como salarios, ganancias de negocios legítimos, pagos de pensiones, herencias, obsequios o incluso préstamos bancarios–.

1.3 ¿Qué es una “ley sobre enriquecimiento ilícito”?

A modo explicativo, esta sección describe dos características principales que deben darse en las disposiciones legislativas para poder ser consideradas “leyes sobre enriquecimiento ilícito” en la presente publicación.

A efectos de este libro, se considera que una “ley sobre enriquecimiento ilícito” contiene una disposición dentro del instrumento normativo que **faculta a un tribunal para imponer una sanción penal o civil si resuelve que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito** –por ejemplo, si el tribunal resuelve que una persona ha disfrutado de una cantidad de activos que no se puede justificar si se compara con los ingresos legítimos–. Asimismo, para ser considerada una ley sobre enriquecimiento ilícito, la disposición **no debe precisar la necesidad de establecer una actividad delictiva subyacente o independiente antes de poder imponer la sanción**.

Naturalmente, estas no son las únicas características de una ley sobre enriquecimiento ilícito. Muchas de ellas incluyen una variedad de elementos que pueden llegar a ser necesarios para imponer una sanción –por ejemplo, puede que también haya que probar que se trata de un funcionario público–. No obstante, estas dos características son esenciales y, por lo tanto, están presentes en todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito abordadas.

Nota importante sobre la terminología

Esta publicación utiliza el término genérico “ley sobre enriquecimiento ilícito” para abarcar todas las leyes de carácter civil o penal que se dirigen a personas que han disfrutado de una cantidad de activos que no se puede justificar si se compara con sus ingresos legítimos, y que no requieren demostrar una actividad delictiva independiente antes de poder imponer una sanción. Cabe resaltar que muchas de las leyes incluidas en este libro no utilizan la frase “enriquecimiento ilícito” y, por el contrario, recurren a expresiones como “activos de procedencia inexplicable” o “bienes de procedencia inexplicable”. Por ejemplo, el derecho penal de Hong Kong hace uso de la frase “posesión de bienes de procedencia inexplicable”, mientras que el derecho civil de la República de Mauricio describe un proceso de solicitud de “órdenes de riqueza inexplicable”. Asimismo, otras leyes utilizan frases adicionales como “enriquecimiento sin causa”. Es por eso que para mayor claridad y consistencia, este libro agrupa todos esos tipos de leyes en una categoría general de “leyes sobre enriquecimiento ilícito”, siempre y cuando dichas leyes faculten a un tribunal para imponer una sanción si se determina que la persona se ha enriquecido ilícitamente, según la definición general antes mencionada. También se utilizan otros términos aclaratorios como “leyes sobre enriquecimiento ilícito penales” y “leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles” para referirse al tipo de procedimiento legal en el que se basa una ley en particular.

1.3.1 Característica 1: imposición de una sanción penal o civil si se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito

Esta característica distingue las leyes sobre enriquecimiento ilícito de otras leyes que pueden contener referencias al “enriquecimiento ilícito” o a los “activos de procedencia inexplicable”, pero que no facultan a un tribunal para imponer sanciones si resuelve que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito.

Por ejemplo, la jurisdicción de la República de Mauricio dispone de dos leyes que se refieren a la “riqueza inexplicable”. Sin embargo, solo una de ellas está calificada como ley sobre enriquecimiento ilícito en la presente publicación.

La Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*)³⁰ contiene una disposición titulada “posesión de activos de procedencia inexplicable” que faculta a la Comisión Independiente contra la Corrupción (*Independent Commission Against Corruption*) para investigar si una persona “posee o tiene el control de bienes en una medida que no es proporcional a sus honorarios u otros ingresos” y no puede “dar una declaración satisfactoria” de cómo llegó a tener el control de dichos bienes.³¹

Si dicha investigación establece que la persona posee una cantidad desproporcionada de bienes que no puede justificar, esta disposición solo especifica que las pruebas que establezcan estos hechos “serán admisibles para corroborar otras pruebas relacionadas con la comisión de un delito [independiente]”.³² En consecuencia, dado que esta disposición no establece una sanción penal o civil que se pueda imponer como consecuencia directa de la “posesión de activos de procedencia inexplicable” probada, sino que solo prevé un mecanismo para adquirir y utilizar pruebas de enriquecimiento ilícito como parte de un procedimiento legal independiente, esta ley no se considera una “ley sobre enriquecimiento ilícito” en este libro.

En contraposición, la República de Mauricio dispone de otra ley, la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*),³³ que autoriza a la agencia competente –la *Integrity Reporting Services Agency*– a solicitar una “orden de riqueza inexplicable” contra una persona que parezca poseer bienes “en una medida que no es proporcional a sus honorarios u otros ingresos” y que “no puede justificar satisfactoriamente”.³⁴ En virtud de esta Ley, si un juez resuelve que la persona se ha enriquecido ilícitamente –o se está beneficiando de “riqueza inexplicable”–, puede emitir una orden de pago del “equivalente monetario” del valor de dicha riqueza. Dado que esta ley impone claramente una sanción civil contra una persona que se

30 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 2002 (República de Mauricio).

31 *Ibid.*, Sección 84.

32 *Ibid.*

33 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) de 2015 (República de Mauricio).

34 *Ibid.*, Sección 2.

ha probado que posee una cantidad de riqueza desproporcionada y de procedencia inexplicable, la ley se considera en la presente publicación como una “ley sobre enriquecimiento ilícito”.

Otro ejemplo de una ley que hace referencia a la “riqueza inexplicable”, pero que no impone directamente una sanción por la adquisición de dicha riqueza es la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) vigente en el Reino Unido (RU).³⁵ Si bien esta ley proporciona un mecanismo para emitir una “Orden de Riqueza Inexplicable” contra una persona, dicha orden solo requiere que una persona proporcione información financiera relacionada con la fuente de su riqueza y no exige el reembolso del valor de los activos de procedencia inexplicable bajo su poder.³⁶ En cambio, luego de proporcionar –o no– la información financiera, esta puede presentarse como prueba en un procedimiento legal aparte de recuperación sin condena (NCB) en virtud del cual se puede emitir una orden de “recuperación” si se demuestra, mediante el balance de probabilidades, que los activos en cuestión se obtuvieron ilegalmente. Por consiguiente, en el contexto de este libro, dicha ley no está catalogada como una ley sobre enriquecimiento ilícito.³⁷

1.3.2 Característica 2: ausencia de un requisito para probar una actividad delictiva subyacente o independiente

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito no exigen que el Estado demuestre que una persona ya ha sido condenada por cometer un delito, que se ha producido alguna actividad delictiva subyacente o independiente, o que probablemente los activos se deriven de un delito.

Por el contrario, en virtud de una ley sobre enriquecimiento ilícito, un tribunal puede imponer una sanción penal o civil basándose únicamente en la adquisición, obtención o el uso de una cantidad determinada de activos por parte de una persona, que no pueda justificarse, o no se haya justificado, en comparación con sus ingresos legítimos.

En concreto, esta característica distingue las leyes sobre enriquecimiento ilícito de categorías similares de leyes sobre recuperación de activos, por ejemplo, leyes sobre decomiso ampliado, leyes sobre decomiso sin condena o incluso las legislaciones sobre lavado de activos. A diferencia de las leyes sobre enriquecimiento ilícito, estas por lo general exigen una condena penal previa o probar la existencia de una actividad delictiva subyacente o independiente y/o el origen ilícito de los activos ante el tribunal.

Ejemplo sencillo

Si una persona se desempeñó como asesor fiscal público desde 2010 hasta 2020 y su salario total durante ese período fue de USD 400 000, pero se descubre que posee USD 4 000 000 en su cuenta bancaria al final de dicho tiempo, la diferencia de USD 3 600 000 entre su total

35 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Reino Unido).

36 *Ibid.*, Secciones 362A-362T.

37 No obstante, en la Sección 2.6.1 se describe un análisis del mecanismo incluido en esta ley.

de ingresos legítimos y sus ingresos reales podría desencadenar una investigación y un procedimiento judicial conforme a una ley sobre enriquecimiento ilícito vigente. Si durante dicho procedimiento la persona no puede demostrar que los USD 3 600 000 se derivan de otra fuente legítima de recursos –por ejemplo, un préstamo bancario, ganancias de un negocio adicional o una herencia–, el tribunal puede, en virtud de una ley sobre enriquecimiento ilícito, presumir que este aumento injustificable de activos no se deriva de fuentes legítimas e impondrá la sanción correspondiente, incluso si no se presentan pruebas ante el tribunal de que se ha cometido una actividad delictiva subyacente o independiente.

Como era de esperarse, el hecho de que las leyes sobre enriquecimiento ilícito no exijan pruebas de un delito específico ni de la fuente ilícita de los fondos ha dado lugar a numerosas impugnaciones sobre la compatibilidad de dichas leyes con derechos ya establecidos, entre ellos, el derecho de presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio. No obstante, la mayoría de los tribunales que han considerado dichas impugnaciones también ven las leyes sobre enriquecimiento ilícito como un mecanismo proporcional para recuperar las ganancias derivadas de un delito, en especial los beneficios de los que gozan funcionarios públicos como resultado de delitos de corrupción. Estas cuestiones se abordan con mayor detalle en la cuarta parte de este libro.

1.3.3 Tres ejemplos de leyes sobre enriquecimiento ilícito

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito no tienen un modelo establecido y pueden variar sustancialmente en forma y redacción, sin dejar de lado las dos características principales que se mencionaron anteriormente. Un buen ejemplo de cómo las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden diferir en forma, pero conservan las dos características y se utilizan para perseguir el mismo acto es una breve comparación entre las disposiciones legislativas de Hong Kong, Argentina y Australia Occidental.

La ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong, incluida en la Sección 10 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*)³⁸ estipula lo siguiente:

10. Posesión de bienes de procedencia inexplicable

- (1) Toda persona, que sea o haya sido Director General o un funcionario designado y:
- (a) lleve un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a su remuneración actual o pasada; o
 - (b) tenga el control de bienes o recursos pecuniarios que no sean proporcionales a su remuneración actual o pasada, será culpable de un delito, salvo que presente una

38 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

declaración satisfactoria ante un tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios.

12. Sanciones por delitos

(1) Toda persona culpable de delito en virtud de esta Parte, distinto a los delitos descritos en la Sección 3, podrá ser condenada:

(a) en caso de condena dictada por un tribunal con jurado

(i) por un delito descrito en la Sección 10 a pagar una multa de HKD 1 000 000 y una pena de prisión de 10 años;

...

(b) en caso de condena sin intervención de un jurado

(i) por un delito descrito en la Sección 10 a pagar una multa de HKD 500 000 y una pena de prisión de 3 años;

...

(3) Además de la condena impuesta de conformidad con el Subsección 1, el tribunal podrá ordenar a una persona condenada por un delito descrito en la Sección 10(1)(b) a pagar al Gobierno:

(a) una suma que no supere el monto de los recursos pecuniarios; o

(b) una suma que no supere el valor de los bienes,

cuya adquisición no haya sido satisfactoriamente justificada ante el tribunal.

Esta disposición legislativa mencionada anteriormente incluye sin lugar a dudas la primera característica de una ley sobre enriquecimiento ilícito, ya que faculta a un tribunal para imponer una sanción, la de prisión y multa –así como una sanción de decomiso adicional– contra una persona culpable de enriquecerse ilícitamente; en este caso, al llevar un estilo de vida desproporcionado o al poseer una cantidad de bienes que no se puede justificar si se compara con sus fuentes de ingresos legítimas.

Además, la legislación también cuenta con la segunda característica de una ley sobre enriquecimiento ilícito, ya que no requiere presentar pruebas de una actividad delictiva subyacente o independiente. El hecho de que la riqueza –es decir, el nivel de vida o los bienes que posee la persona– sea desproporcional y no se pueda justificar con sus ingresos totales legítimos es motivo suficiente para imponer una sanción penal contra dicha persona y recuperar el valor de dicha riqueza desproporcional.

En comparación, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Argentina, descrita en el Artículo 268 del Código Penal argentino,³⁹ dice lo siguiente:

Artículo 268(2): Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

A pesar de tener una forma bastante diferente –y una serie de condiciones adicionales–, también incluye las dos características principales de una ley sobre enriquecimiento ilícito. En concreto, las sanciones judiciales –prisión y multa– se pueden imponer a quien que se haya enriquecido ilícitamente o a quien no pueda justificar la “procedencia” legal del “enriquecimiento patrimonial” –o de los “bienes”– que posee. Además, las sanciones penales se pueden imponer sin necesidad de aportar pruebas de ningún tipo de actividad delictiva subyacente o independiente.

Por último, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de la jurisdicción de Australia Occidental muestra un planteamiento diferente mediante una disposición de enriquecimiento ilícito que asume la forma de una orden civil. La ley de Australia Occidental –que se refiere al enriquecimiento ilícito como el control de “riqueza inexplicable”– está incluida en la Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*),⁴⁰ en la cual se encuentran fragmentos que dicen lo siguiente:

11. Solicitud de declaraciones de riqueza inexplicable

(1) El DPP [Director del Ministerio Público] o la CCC [Comisión de Crímenes y Corrupción (*Corruption and Crime Commission*)] pueden solicitar al tribunal una declaración de riqueza inexplicable contra una persona.

...

39 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2) (Fragmento original: ‘Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.’).

40 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental).

12. Proceso de las declaraciones de riqueza inexplicable

(1) Si se solicita la aplicación de la sección 11(1) durante una audiencia, el tribunal debe declarar que el demandado posee riqueza inexplicable si es más probable que el valor total de la riqueza sea mayor que el valor de la riqueza que este ha adquirido de forma legítima.

(2) Se presume que todo bien, servicio, ventaja o beneficio que sea constitutivo de la riqueza del demandado no fue adquirido de forma legítima, salvo que este demuestre lo contrario.

(3) Sin perjuicio de los asuntos que el tribunal puede tener en cuenta, para efectos de decidir si el demandado posee riqueza inexplicable, el tribunal puede considerar el monto de los ingresos y gastos del demandado en un período específico o en todo momento.

...

13. Valoración de la riqueza inexplicable

(1) El valor de la riqueza inexplicable del demandado es el monto equivalente a la diferencia entre:

(a) el valor total de la riqueza del demandado; y

(b) el valor de la riqueza que este ha adquirido de forma legítima.

...

14. Consecuencias de la declaración de riqueza inexplicable

Cuando el tribunal emite una declaración de riqueza inexplicable, el demandado está en la obligación de pagar al Estado un monto equivalente a la cantidad que se especifique en dicha declaración, como valor estimado de la riqueza inexplicable del demandado.

Si bien esta normativa es bastante diferente a los otros dos ejemplos, sigue reflejando las dos características principales de una ley sobre enriquecimiento ilícito. En concreto, establece una sanción judicial –una orden civil denominada “declaración de riqueza inexplicable”– que se puede solicitar e imponer contra una persona que se haya enriquecido ilícitamente o, de forma más específica, que haya adquirido riquezas que no se justifican en comparación con los ingresos legítimos –o con su riqueza “legalmente adquirida”–.

Además, en virtud de esta disposición, no es necesario demostrar una actividad delictiva subyacente o independiente. Por el contrario, si la persona no puede demostrar las fuentes legítimas que justifiquen la adquisición de ciertos activos, el tribunal dictaminará que dicha riqueza se deriva de fuentes ilícitas e impondrá una sanción judicial.

1.4 Categorías de leyes sobre enriquecimiento ilícito

Para mayor claridad, a la hora de definir y analizar las leyes sobre enriquecimiento ilícito, estas pueden clasificarse en determinadas categorías en función de si tienen su origen en procedimientos penales o civiles.

Además, existen ciertas leyes –tanto en el ámbito penal como en el civil– que funcionan casi igual que las leyes sobre enriquecimiento ilícito, pero que se deben calificar teniendo en cuenta que contienen un umbral probatorio menor en lo que respecta a la sospecha de una actividad delictiva.

1.4.1 Comparación entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito en derecho penal y en derecho civil

En este libro, las leyes sobre enriquecimiento ilícito que constituyen un delito, se aplican de conformidad con procedimientos penales y conllevan sanciones penales se califican como leyes sobre enriquecimiento ilícito penales. Por ejemplo, las leyes de Argentina y Hong Kong mencionadas anteriormente son ejemplos de leyes sobre enriquecimiento ilícito penales.

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito que adoptan la forma de un proceso de orden civil, se aplican de conformidad con procedimientos civiles y pueden dar lugar a una orden de compensación contra una persona se califican como leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles. La ley de Australia Occidental abordada anteriormente es un ejemplo de esta categoría.

Es importante distinguir entre las leyes basadas en derecho penal y aquellas basadas en derecho civil, ya que hay diferentes cuestiones que surgen en la aplicación de una categoría que posiblemente no existan en la aplicación de la otra, como el efecto que dichas leyes pueden tener en derechos fundamentales, entre ellos, en la presunción de inocencia.

Leyes sobre enriquecimiento ilícito
penales

Leyes sobre enriquecimiento ilícito
civiles

SIMILITUDES

Una persona puede ser sujeto de un procedimiento legal si disfruta de una cantidad de activos que no se justifica en comparación con los ingresos legítimos	Una persona puede ser sujeto de un procedimiento legal si disfruta de una cantidad de activos que no se justifica en comparación con los ingresos legítimos
No es necesario probar una actividad delictiva subyacente o independiente	No es necesario probar una actividad delictiva subyacente o independiente

DIFERENCIAS

Se determina mediante enjuiciamiento penal y se realiza de acuerdo con el reglamento aplicable a los procedimientos penales	Se determina mediante una audiencia y se realiza de acuerdo con el reglamento aplicable a los procedimientos civiles
Se aplica el estándar probatorio penal –por ejemplo, más allá de toda duda razonable–	Se aplica el estándar probatorio civil –por ejemplo, el balance de probabilidades–
Puede dar lugar a una sanción penal –prisión/multa/decomiso–	Solo puede dar lugar a una orden de reparación civil –que le exige a una persona devolver la cantidad equivalente del enriquecimiento ilícito–

A pesar de estas diferencias significativas, esta publicación incluye tanto leyes sobre enriquecimiento ilícito penales como civiles bajo la misma categoría general de leyes, ya que los tribunales de ambos ámbitos han de basar sus sentencias en los mismos hechos, siendo estos fundamentalmente:

1. que una persona haya disfrutado de una cantidad de activos; y
2. que no se pueda justificar dicha cantidad de activos al compararla con sus ingresos legítimos.

Además, ni las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales ni las civiles exigen la prueba de una actividad delictiva subyacente o independiente. En consecuencia, en la práctica, el planteamiento para investigar y probar estas dos categorías de leyes es fundamentalmente el mismo.

1.4.2 Leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas: requisito adicional relativo a establecer una “sospecha justificada” o “conjetura justificada”

Es importante mencionar que varias jurisdicciones cuentan con instrumentos legislativos de orden penal o civil que funcionan casi de forma idéntica a las leyes sobre enriquecimiento ilícito, pero difieren ligeramente de los requisitos mencionados anteriormente, es decir, son instrumentos que exigen la presentación ante un tribunal de pruebas de “sospecha justificada” o “conjetura justificada” con respecto a la comisión de algún tipo de actividad delictiva subyacente o independiente. En este libro, dichas leyes se denominan **leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas**, y pueden ser de carácter civil o penal al igual que las leyes sobre enriquecimiento ilícito ordinarias.

Por ejemplo, la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de Kenia⁴¹ faculta a un tribunal para dictar una orden de decomiso civil contra una persona si se considera que posee “activos de procedencia inexplicable” o activos que son “desproporcionales” a las “fuentes de ingresos conocidas” de la persona y esta no puede justificar su origen.⁴² Ahora bien, para que estos activos se consideren “injustificados”, la persona debe haberlos adquirido “durante o al tiempo” que “se sospechaba razonablemente de la comisión de un acto de corrupción o delito económico”.⁴³

Del mismo modo, en la jurisdicción australiana de Queensland, la Corte Suprema puede emitir una orden civil en virtud de la Ley sobre Confiscación de Ganancias derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Proceeds Confiscation Act*)⁴⁴ en casos de riqueza inexplicable que, en virtud de dicha Ley, es la cantidad de activos de una persona que excede los activos que adquirió de forma legítima.⁴⁵ Sin embargo, dicha orden solo se puede emitir si la corte “resuelve que existe una sospecha justificada de que... la persona ha participado en una o más actividades relacionadas con delitos graves” o “ha adquirido, sin contraprestación suficiente, bienes derivados de actos delictivos graves o de una actividad delictiva cometida por un tercero, independientemente de que la persona supiera o sospechara que los bienes se derivaban de una actividad ilegal”.⁴⁶

Aunque la definición de “sospecha justificada” o “conjetura justificada” dependa de la jurisdicción, los umbrales contenidos en las leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas que

41 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia).

42 *Ibid.*, Secciones 2, 55.

43 *Ibid.*, Sección 2.

44 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Ganancias derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Proceeds Confiscation Act*) de 2002 (modificada por la Enmienda a la Ley sobre Confiscación de Ganancias derivadas de Actos Delictivos (Orden de Decomiso por Delitos Graves relativos al Tráfico de Drogas y Riqueza Inexplicable) [*Criminal Proceeds Confiscation (Unexplained Wealth and Serious Drug Offender Confiscation Order) Amendment Act*] de 2013) (Australia: Queensland).

45 *Ibid.*, Sección 89L.

46 *Ibid.*, Sección 89G.

exigen demostrar una sospecha o conjetura justificada de una actividad delictiva subyacente son posiblemente más bajos que los contenidos en otras leyes sobre recuperación de activos, como las leyes sobre decomiso sin condena, que exigen demostrar según un estándar de prueba civil – por ejemplo, el balance de probabilidades– que realmente se ha producido algún tipo de actividad delictiva subyacente, o de manera más específica, que un activo es producto de un delito o se utilizó en la comisión del mismo. En este sentido, si bien la jurisprudencia en Australia indica que una sospecha justificada “no es arbitraria” y que “se debe probar alguna base de hecho para [justificar] la sospecha”, también describe el término sospecha justificada como “menos que una conjetura justificada, pero más que una posibilidad”⁴⁷ y aclara que el requisito de demostrar tal sospecha no implica necesariamente que deba estar bien fundada o que todos los motivos de sospecha se deben basar en hechos.⁴⁸ Además, en Australia, el levantamiento de dicha sospecha se puede apoyar en rumores u otro material que normalmente es inadmisibles como prueba.⁴⁹

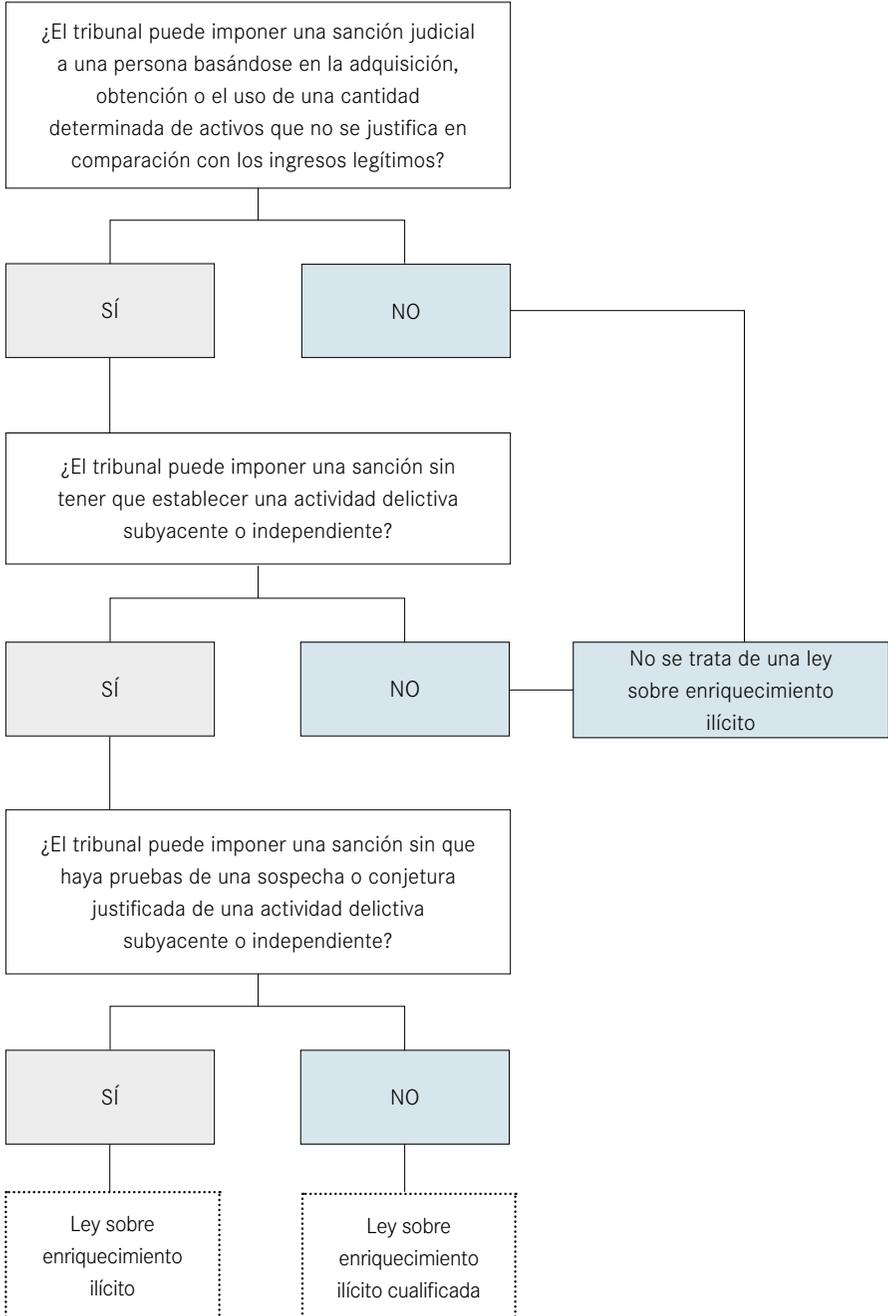
En consecuencia, dado que los umbrales de “sospecha justificada” o “conjetura justificada” son menos exigentes que la obligatoriedad de probar una actividad delictiva subyacente o independiente en función del estándar probatorio penal o civil, las leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas pueden destacarse de otros mecanismos de recuperación de activos como las leyes sobre decomiso sin condena y las leyes sobre decomiso ampliado. Por lo tanto, el presente análisis en torno a la aplicación de leyes sobre enriquecimiento ilícito también incluye la interpretación judicial de leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas.

47 R c. Rondo [2001] NSWCCA 540 en [53] por Smart JA (texto completo y traducido de la cita: “(a) Una sospecha justificada presupone menos que una conjetura, pero más que una posibilidad. Debe existir algo que haga que cualquier persona sensata sienta recelo o desconfianza ante las circunstancias que figuran en la Sección 357E [de la Ley de Delitos (*Crimes Act*) de 1900]. Una razón para sospechar que un hecho existe es preponderante a la posibilidad de considerarlo o investigar su existencia. (b) La sospecha justificada no es arbitraria. Se debe demostrar alguna base de hecho para la sospecha. Una sospecha puede fundamentarse mediante rumores u otro material que normalmente puede ser inadmisibles como prueba. Los materiales deben tener algún valor probatorio. (c) Lo que prima es la información con la que cuenta el oficial de policía al momento de detener a la persona o al vehículo o al realizar el arresto. Una vez comprobada esa información, se trata de determinar si dicha información constituía una base razonable para la sospecha del oficial de policía. Al analizar a esa cuestión se debe tener en cuenta la fuente de la información y su contenido, considerando todas las circunstancias”). Hace poco, el Tribunal Supremo de Australia reafirmó la concepción de que una sospecha justificada debe tener una “base de hecho” en el caso *Lordianto* contra el Comisario de la Policía Federal australiana, *Kalimuthu* contra el Comisario de la Policía Federal australiana [2019] HCA 39. El tema también se aborda en *R* contra *Chan* (1992) 28 NSWLR 421 y *George c. Rockett* (1990) 170 CLR 104, aunque es importante señalar que estos casos no se relacionan con las leyes sobre enriquecimiento ilícito en Australia, por lo que sigue habiendo cierta incertidumbre sobre si dicha definición también se aplicaría al contexto de estas leyes.

48 *Tucs c. Manly* (1985) 62 ALR 460.

49 R c. Rondo [2001] NSWCCA 540 en [53].

¿Ley sobre enriquecimiento ilícito o ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada?



1.5 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y otras leyes similares enfocadas a la recuperación de activos

Las características específicas de las leyes sobre enriquecimiento ilícito las diferencian de otras leyes enfocadas en la recuperación de activos, como las leyes sobre decomiso sin condena y las leyes sobre decomiso ampliado. A continuación se exponen estas diferencias.

1.5.1 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y la legislación más amplia sobre decomiso sin condena

El decomiso tradicional sin condena (NCB) –también conocido como recuperación civil o confiscación sin condena– es una herramienta de recuperación de activos que se puede utilizar para identificar activos que son ganancias o instrumentos del delito. El decomiso sin condena es un procedimiento judicial contra el activo en sí, mas no contra una persona. Por lo general, exige que se establezca, mediante el balance de probabilidades, que el activo es una ganancia derivada de un delito o que se utilizó en la comisión de este. Como el mismo nombre lo indica, el decomiso sin condena no depende de la existencia de una condena penal. Por consiguiente, se puede aplicar cuando el propietario de un activo ya no puede enfrentarse a un juicio, o cuando las pruebas obtenidas solo sean lo suficientemente sólidas como para establecer, según el estándar de prueba civil, que se cometió un delito o que se obtuvieron ciertas ganancias derivadas de una actividad delictiva.

Las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito son menos rígidas que las disposiciones sobre el decomiso sin condena. No se exige establecer que ciertos activos proceden de una actividad delictiva, o se utilizaron en la comisión de la misma. Al contrario, las sanciones en un procedimiento de enriquecimiento ilícito se pueden imponer únicamente sobre la base de que una persona ha disfrutado de una cantidad de activos que no se ha podido justificar si se compara con sus fuentes de ingresos legítimas.

Además, si bien el decomiso sin condena se suele enfocar en activos reales, la legislación sobre enriquecimiento ilícito es más amplia y es posible que también considere cualquier objeto de valor pecuniario que contribuya al estilo de vida de una persona, según las cantidades de dinero que haya gastado o los servicios que haya recibido. Por ejemplo, a diferencia de muchas leyes sobre decomiso sin condena, la legislación sobre enriquecimiento ilícito a menudo se puede utilizar para identificar elementos intangibles que contribuyen al nivel de vida de una persona, como la reducción de una deuda.

1.5.2 Diferencia entre la legislación sobre enriquecimiento ilícito y la legislación sobre decomiso ampliado

Los mecanismos de decomiso ampliado se enfocan en la recuperación de activos y se pueden

utilizar después de que se haya dictado una sentencia condenatoria para identificar los posibles activos en poder de la persona condenada. Tras la condena de una persona por cometer un determinado delito –como lavado de activos o un delito relacionado con el crimen organizado–, los mecanismos de decomiso ampliado permiten a los tribunales presumir que todos los activos en poder de la persona condenada durante un determinado período de tiempo proceden de la actividad delictiva, salvo que se demuestre lo contrario.⁵⁰ Como ocurre con las medidas sobre enriquecimiento ilícito, esta presunción se aplica sin necesidad de demostrar la actividad delictiva de la que se derivaron los activos.⁵¹ Sin embargo, a diferencia del enriquecimiento ilícito, las medidas de decomiso ampliado solo se pueden implementar una vez se haya probado que la persona ha cometido un delito. La presunción no resulta de la simple comprobación de la desproporción entre los activos de una persona y sus ingresos legítimos.

1.5.3 Diferencia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y el concepto de “enriquecimiento sin causa” como demanda privada de restitución civil

En algunas jurisdicciones, se utilizan los términos “enriquecimiento ilícito” y “enriquecimiento sin causa” indistintamente. Sin embargo, cabe señalar que el “enriquecimiento sin causa” es también una etiqueta que se le da a la demanda privada de restitución basada en el derecho civil, en la que una parte busca recuperar por sí misma las ganancias que otra parte ha obtenido indebidamente a sus expensas.⁵² A menudo este tipo de demandas se utilizan cuando una de las partes ha pagado dinero a la otra como resultado de un error. En este sentido, las demandas privadas de “enriquecimiento sin causa” no están relacionadas con el tema de este libro.

50 Para ver un ejemplo, consulte la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Reino Unido), Secciones 6, 10 y 75.

51 Para ver un ejemplo, consulte la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril del 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, Artículo 5.

52 LexisNexis, “*Restitution for unjust enrichment – elements of the claim*”, LexisNexis, <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/restitution-for-unjust-enrichment-elements-of-the-claim>, consultado el 26 de marzo del 2021.

Características que diferencian las leyes sobre enriquecimiento ilícito de otras leyes sobre decomiso de ganancias derivadas de un delito

	Solo se pueden imponer sanciones cuando una persona ha disfrutado de activos que no puede justificar si se comparan con sus ingresos legítimos	Se debe establecer una sospecha o conjetura justificada de que se ha cometido una actividad delictiva o que los activos se derivan de actos delictivos	Se debe establecer un estándar de prueba civil de que se ha cometido una actividad delictiva o que los activos se derivan de actos delictivos	Se requiere una condena penal
Leyes sobre enriquecimiento ilícito	✓	×	×	×
Leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas	×	✓	×	×
Decomiso sin condena	×	→	✓	×
Decomiso ampliado	×	→	→	✓

Segunda parte

Diferentes planteamientos al promulgar leyes sobre enriquecimiento ilícito

Una descripción comparativa de la legislación
sobre enriquecimiento ilícito

Resumen

La redacción y estructura de las leyes sobre enriquecimiento ilícito son notablemente diversas en todo el mundo. Esta parte del libro ofrece una descripción detallada de los diversos enfoques adoptados por los organismos legislativos de distintas jurisdicciones para abordar el enriquecimiento ilícito. Para este efecto, esta parte:

- Ofrece una lista de países donde se han aprobado leyes sobre enriquecimiento ilícito, así como una descripción de la implementación regional de este tipo de leyes.
- Expone los aspectos principales sobre los que los legisladores han adoptado planteamientos divergentes, entre ellos:
 - la naturaleza jurídica de la ley –si es de carácter civil o penal–;
 - el ámbito de aplicación de la ley –a quién se dirige, qué tipos de riqueza se consideran, si hay umbrales de valor que deban alcanzarse o si se aplican limitaciones temporales–;
 - la carga de la prueba –si la ley establece a qué parte se le impone la obligación de acreditar determinadas cuestiones–;
 - la inclusión de facultades para exigir la revelación de información; y
 - las sanciones.
- Describe las medidas precautorias que han implementado los países con leyes sobre enriquecimiento ilícito para garantizar que se apliquen de forma equitativa y se revisen periódicamente.
- Explica los “modelos” más comunes de leyes sobre enriquecimiento ilícito existentes en el mundo.
- Describe las leyes existentes en diferentes partes del mundo que poseen características similares a las de las leyes sobre enriquecimiento ilícito, entre ellas, la legislación del Reino Unido, Irlanda, Suiza y Francia.

Asimismo, al leer esta parte se debe remitir al Anexo 1, que consiste en una tabla que incluye los artículos de todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito mencionadas

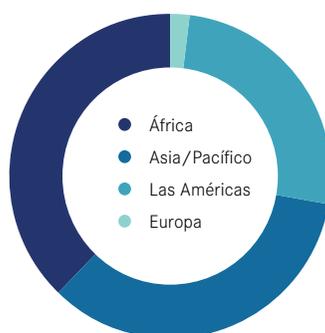
en este libro. El Anexo 1 también incluye los artículos de leyes similares a las leyes sobre enriquecimiento ilícito, mencionadas igualmente en esta parte.

2.1 Descripción general de las leyes sobre enriquecimiento ilícito

En total, se han identificado 98 leyes en este libro, que se clasifican como leyes sobre enriquecimiento ilícito o leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas, según las definiciones abordadas en la primera parte.

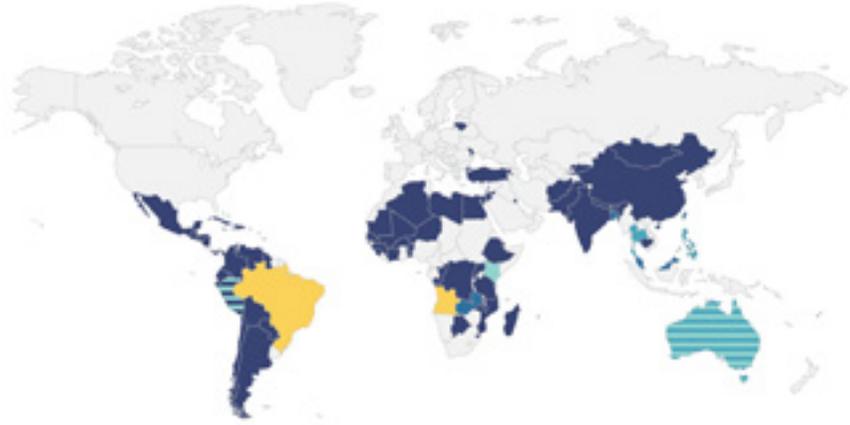
Dichas leyes están presentes en varias partes del mundo: 36 se encuentran en la región de Asia y el Pacífico, 35 forman parte de jurisdicciones africanas, 25 son de la región de Las Américas y 2 corresponden con jurisdicciones europeas.

Leyes por región



Estas leyes también se despliegan en sistemas de derecho anglosajón y de derecho continental: 47 forman parte de jurisdicciones con ordenamientos jurídicos que se basan principalmente en el derecho continental, 35 provienen de jurisdicciones con ordenamientos jurídicos principalmente del derecho anglosajón y 16 son de ordenamientos jurídicos mixtos.

La gran mayoría de estas leyes se basan en derecho penal, de las cuales 78 se clasifican como leyes sobre enriquecimiento ilícito penales o penales cualificadas, y 18 se consideran leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles o civiles cualificadas. Dos leyes adicionales se clasifican como leyes administrativas.



- Leyes sobre E.I. penales
- Leyes sobre E.I. penales cualificadas
- Leyes sobre E.I. administrativas
- Leyes sobre E.I. civiles
- Leyes sobre E.I. civiles cualificadas

Leyes sobre E.I. penales			
Afganistán	Congo (República del)	Jordania	Pakistán
Argelia	Costa de Marfil	Kuwait	Palestina
Antigua y Barbuda	Cuba	República Kirguisa	Panamá
Argentina	Yibuti	Líbano	Paraguay
Armenia	República Dominicana	Libia	Perú
Benín	Ecuador	Lituania	Ruanda
Bután	Egipto	Madagascar	Santa Lucía
Bolivia	El Salvador	Malawi	Santo Tomé y Príncipe
Botsuana	Esuatini	Malí	Senegal
Brunéi Darussalam	Etiopía	Islas Marshall	Seychelles
Burkina Faso	Fiyi	Mauritania	Sierra Leona
Camboya	Guatemala	México	Sudán
Chile	Guinea	Moldavia	Tanzania
China	Guyana	Mongolia	Togo
China: Hong Kong	Haití	Mozambique	Túnez
China: Macao	Honduras	Nepal	Turquía
Colombia	India	Nicaragua	Uganda
Congo (RDC)	Jamaica	Níger	Venezuela

Leyes sobre E.I. penales cualificadas		Leyes sobre E.I. administrativas	
Bangladés	Malasia	Angola	Brasil
China: Taiwán	Singapur		
Lesoto	Zambia		

Leyes sobre E.I. civiles cualificadas		Leyes sobre E.I. civiles	
AUS: Territorio de la Capital Australiana		AUS: Jurisdicción Federal	Fiyi
AUS: Nueva Gales del Sur		AUS: Territorio del Norte	República de Mauricio
AUS: Queensland	Kenia	AUS: Australia Meridional	Filipinas
AUS: Victoria	Perú	AUS: Tasmania	Tanzania: Zanzibar
Bahamas	Trinidad y Tobago	AUS: Australia Occidental	Tailandia

2.2 Elementos principales y distintivos de las leyes sobre enriquecimiento ilícito

Si bien hay artículos sobre enriquecimiento ilícito en tres tratados internacionales, claramente no existe un modelo establecido de leyes sobre enriquecimiento ilícito en todo el mundo. Por consiguiente, el objetivo de las siguientes secciones es describir una serie de aspectos principales en los cuales los legisladores han empleado planteamientos divergentes al redactar leyes sobre enriquecimiento ilícito que se adapten a las prioridades y requisitos de su país.

2.2.1 Naturaleza jurídica

¿La ley sobre enriquecimiento ilícito es de carácter penal o civil?

De cierto modo, esta característica ya se explicó en la primera parte; sin embargo, es importante volver a resaltar que este es un factor clave y distintivo entre leyes sobre enriquecimiento ilícito.

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito constituirán un delito o adoptarán la forma de un proceso de orden civil –aunque cabe señalar que dos países lusófonos también han tipificado el enriquecimiento ilícito como un acto de “improbidad” pública o administrativa–.⁵³

La gran mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito mencionadas en este libro son de carácter penal.

Curiosamente, la jurisdicción de Fiyi dispone de leyes separadas sobre enriquecimiento ilícito, tanto penal como civil; este caso es un ejemplo ilustrativo de cómo dichas leyes pueden adoptar ambas formas. El Artículo 10 de la Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) de Fiyi tipifica la “posesión de bienes de procedencia inexplicable” como un delito, por el cual el funcionario prescrito –funcionario público– puede enfrentarse a una pena de hasta diez años de prisión, una multa y una orden de sanción pecuniaria si se demuestra que mantiene un estilo de vida o posee bienes que no son proporcionales a sus ingresos.⁵⁴ A su vez, en virtud del Artículo 71F de la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de Fiyi, si se descubre que una persona –no solo un funcionario público– mantiene un estilo de vida o posee bienes que no son proporcionales a sus ingresos, esta puede estar sujeta a una “declaración de riqueza inexplicable” que le obliga a

53 Esta clasificación no es tan rigurosa como la clasificación de delitos penales, pero se impondrán sanciones –multas, sanciones administrativas, decomisos, etc.– a la persona que sea culpable de cometer un acto de enriquecimiento ilícito según las leyes de Angola (véase la Ley de Propiedad Pública [*Lei da Probidade Pública*] de 2010, Artículo 25, 31) y de Brasil (Ley N.º 8.429 de 2 de junio de 1992, Artículo 9, 12). En Mozambique, el Artículo 40 de la Ley de Propiedad Pública [*Lei da Probidade Pública*] (Ley N.º 16 de 2012) clasifica el enriquecimiento ilícito como una “improbidad pública”, pero no incluye ninguna sanción y, por lo tanto, no se clasifica como una ley sobre enriquecimiento ilícito en este libro. Sin embargo, Mozambique tipifica el enriquecimiento ilícito como un delito según el Artículo 428 del Código Penal actualizado recientemente (Ley N.º 24 de 2019).

54 [Traducción no oficial] Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) (Fiyi), Sección 10.

reembolsar al Estado el valor del enriquecimiento ilícito demostrado.⁵⁵ La solicitud de “declaración de riqueza inexplicable” se realiza de acuerdo con procedimientos civiles.

Es de observar que hay sanciones más estrictas para una persona sujeta a la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Fiji, como un período de encarcelamiento, una multa considerable y la obligación de devolver el monto del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, acorde con esto, el estándar probatorio que el Estado debe lograr en los procedimientos derivados de esta ley también es mucho mayor; es decir, el Estado está en la obligación de probar la ocurrencia del enriquecimiento ilícito más allá de toda duda razonable. Por otra parte, si el Estado solo puede probar el enriquecimiento ilícito basado en un estándar de prueba civil –o si el demandado no es un funcionario público–, puede solicitar una sanción netamente monetaria en virtud de procedimientos civiles; en otras palabras, una “declaración de riqueza inexplicable” por la cual puede por lo menos recuperar el valor de la riqueza injustificada que se demostró que disfrutaba dicha persona.

De hecho, las diferencias en las características de las leyes penales y civiles en Fiji se asemejan bastante a las diferencias generales entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles y penales de todo el mundo. Si bien las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales suelen incluir sanciones más severas, estas también suelen tener un alcance más limitado. Por el contrario, las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles suelen exigir únicamente la devolución del valor del enriquecimiento ilícito probado, pero su alcance es mucho más amplio y se requiere un umbral probatorio más bajo. Desde luego, esta no es una regla universal.

2.2.2 Ámbitos de aplicación

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden dirigirse a diferentes clases de personas, incluir interpretaciones más extensivas o restrictivas del concepto de “riqueza” e incluir condiciones particulares relacionadas con la cantidad de activos o el tiempo que debe transcurrir antes de poder aplicar la ley.

2.2.2.1 Ámbito personal

¿A quién se dirige la ley sobre enriquecimiento ilícito?

Otra característica importante y distintiva entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito son las diferentes personas a las que se dirige la norma. Si bien algunas leyes se redactan para dirigirse específicamente a funcionarios públicos o a personas vinculadas directamente con ellos, otras pueden aplicarse a todos los ciudadanos.

55 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1997 (modificada por la Enmienda N.º 7 a la Ley del Producto del Delito [*Proceeds of Crime Act*] de 2005 y por la Enmienda al Decreto N.º 61 de 2012 relativo a ganancias derivadas de un delito) (Fiji), Sección 71F.

Planteamiento específico: leyes que solo son aplicables a personas que ejercen –o han ejercido– un cargo público

La mayoría de las leyes mencionadas en este libro no se dirigen a particulares, sino a funcionarios públicos que quizá se enriquezcan ilícitamente por medio de actos de corrupción.

Desde luego, aunque la definición de funcionario público⁵⁶ varía de una jurisdicción a otra, la mayoría de las leyes establecen una definición relativamente amplia del concepto. Por ejemplo, en Tanzania, el término de funcionario público abarca “toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, judicial, administrativo, político, militar, que trabaje para una autoridad gubernamental local, agencia de orden público o fuerzas de seguridad nacional”, así como “toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio de esta índole”.⁵⁷ La ley sobre enriquecimiento ilícito en Mali incluye explícitamente a todo “agente” o “empleado” de “entes corporativos”, “sindicatos” y “entidades de carácter industrial o comercial en las que el Estado o una autoridad pública posee una parte del capital accionario”.⁵⁸

Es importante resaltar que, en muchas jurisdicciones, los funcionarios públicos se siguen tratando como tal, aunque dejen su cargo y se conviertan en particulares. Por lo general, esta condición solo es aplicable durante un tiempo determinado tras el cese del cargo, período en el cual la persona sigue siendo responsable de cualquier acto de enriquecimiento que ocurra. Por ejemplo, en Guatemala, si se prueba que un funcionario público se ha enriquecido ilícitamente durante los primeros cinco años posteriores al cese del cargo, se considerará que ha cometido un delito de enriquecimiento ilícito, independientemente de que en ese tiempo haya sido un particular.⁵⁹ En Santo Tomé y Príncipe es similar, ya que allí se puede imputar un cargo de enriquecimiento ilícito a un funcionario público que adquiera activos de manera desproporcionada en un lapso de “tres

56 Además, algunas veces se conocen con otros términos, como “servidores públicos” y “empleados públicos”.

57 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 3.

58 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, Artículo 3 (Fragmento original: ‘Sont assujettis à la présente loi, toute personne physique civile ou militaire, dépositaire de l’autorité publique, chargée de service public, même occasionnellement, ou investie d’un mandat électif ; tout agent ou employé de l’Etat, des collectivités publiques, des sociétés et entreprises d’Etat, des établissements publics, des organismes coopératifs, unions, associations ou fédérations desdits organismes, des associations reconnues d’utilité publique, des ordres professionnels, des organismes à caractère industriel ou commercial dont l’Etat ou une collectivité publique détient une fraction du capital social, et de manière générale, toute personne agissant au nom ou pour le compte de la puissance publique et/ou avec les moyens ou les ressources de celle-ci.’).

59 Código Penal, Decreto N.º 17-73 (modificado por Ley contra la Corrupción, Decreto N.º 31-2012) (Guatemala), Artículo 448 (Fragmento original: ‘Comete el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo u otros ingresos ilícitos.’).

años posterior a la rescisión de su cargo”.⁶⁰ Este planteamiento legislativo puede emplearse para abordar situaciones en las que un funcionario público retrasa el recibo de pagos ilícitos hasta el momento en que cesa de su cargo; una táctica que suelen emplear los funcionarios corruptos para evitar el nivel más alto de escrutinio financiero aplicable al ser funcionarios activos.

Planteamiento general: leyes aplicables a “cualquier persona”

En lugar de dirigirse simplemente a funcionarios públicos, una cantidad significativa de leyes sobre enriquecimiento ilícito, tanto de carácter penal como civil, se pueden aplicar a un colectivo de personas mucho más amplio. Dentro del extremo más amplio del ámbito, dichas leyes se pueden aplicar a cualquier ciudadano. Por ejemplo, en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil en Australia Occidental, puede dictarse una “orden de riqueza inexplicable” contra “una persona” y, a la fecha, la presente ley se ha empleado principalmente para perseguir a particulares sospechosos de cometer delitos relacionados con el tráfico de drogas y el crimen organizado –uno de los propósitos iniciales de dicha ley–.⁶¹ Igualmente, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Lituania también es aplicable a cualquier ciudadano.⁶²

Si bien no se circunscriben a funcionarios públicos, otras jurisdicciones cuentan con un planteamiento más moderado que el de Australia Occidental y han incluido algunas modificaciones con respecto a la aplicación de su ley sobre enriquecimiento ilícito a particulares. Por ejemplo, aunque la ley sobre enriquecimiento ilícito en Bolivia está compuesta por disposiciones independientes para perseguir el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, así como de “cualquier persona física”, la imputación de un cargo de esta índole contra esta última requiere de un fiscal que demuestre además que el enriquecimiento ilícito “afectó” el patrimonio del Estado.⁶³

60 [Traducción no oficial] Código Penal, aprobado por la Ley 6 de 2012 (Santo Tomé y Príncipe), Artículo 455 (Fragmento original: ‘O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes a cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que seja manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é punível com pena de prisão até 5 anos.’).

61 Parlamento de Australia Occidental, Asamblea Legislativa, Acta Oficial, 29 de junio de 2000.

62 [Traducción no oficial] Ley sobre la Aprobación y Entrada en Vigor del Código Penal (*Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*) de 26 de septiembre de 2000, N.º VIII-1968 (enmendada por la Ley N.º XIII-791 de 21 de noviembre de 2017) (Lituania), Artículo 189(1).

63 Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” (Ley N.º 004 de 31 de marzo de 2010 (Bolivia), Artículo 28 (Fragmento original: ‘La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente. Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o exrepresentantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25 % de su patrimonio.’).

En algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito, el ámbito personal de la ley es un poco más ambiguo. Por ejemplo, si bien las leyes en Uganda,⁶⁴ Pakistán⁶⁵ y Ruanda⁶⁶ son aplicables a “cualquier persona”, las disposiciones forman parte de los estatutos anticorrupción, mas no de códigos penales generales o de estatutos sobre ganancias derivadas de un delito. Se plantea así la cuestión de si estas disposiciones podrían aplicarse fuera del contexto de la lucha contra la corrupción.

Primera opción adicional: leyes sobre enriquecimiento ilícito penales aplicables a “personas jurídicas”

Algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito penales también son aplicables explícitamente a personas jurídicas. Cabe destacar que una persona jurídica también puede ser considerada responsable del delito de “enriquecimiento sin causa” de conformidad con el Código Penal⁶⁷ de Lituania, mientras que las personas jurídicas en Madagascar pueden verse obligadas a cesar sus operaciones comerciales durante un período de hasta veinte años si se demuestra que han recibido con conocimiento de causa activos derivados de alguien que se ha enriquecido ilícitamente.⁶⁸ Asimismo, en Senegal, la ley sobre enriquecimiento ilícito también se puede aplicar a una persona jurídica privada, si ha recibido “asistencia financiera de entes públicos”.⁶⁹

Segunda opción adicional: leyes sobre enriquecimiento ilícito penales que también son de aplicación a los cómplices

Además de dirigirse a funcionarios públicos, personas naturales o entidades que se hayan enriquecido ilícitamente, algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito ponen en juego múltiples recursos y persiguen explícitamente a personas o entidades cómplices del enriquecimiento ilícito de otra persona.

Por ejemplo, el delito de enriquecimiento ilícito en Mauritania es aplicable a la persona que se enriqueció, así como a la persona que “con conocimiento de causa contribuyó de algún modo a ocultar el origen ilícito de los bienes”, de modo tal que se aplica la misma pena a ambas

64 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

65 [Traducción no oficial] Ordenanza Nacional de Rendición de Cuentas (*National Accountability Ordinance*) (XVIII de 1999) (Pakistán), Sección 3.

66 Ley N.º 54/2018 de 13 de agosto de 2018 sobre la lucha contra la corrupción (Ruanda), Artículo 9.

67 [Traducción no oficial] Ley sobre la Aprobación y Entrada en Vigor del Código Penal (*Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*) de 26 de septiembre de 2000, N.º VIII-1968 (enmendada por la Ley N.º XIII-791 de 21 de noviembre de 2017) (Lituania), Artículo 189(1).

68 [Traducción no oficial] Código Penal malgache (enmendado por la Ley N.º 2016-020 de 22 de agosto de 2016 relativa a la lucha contra la corrupción), Artículo 183.1.

69 [Traducción no oficial] Código Penal, Ley N.º 1965-60 (Senegal), Artículo 163 bis.

partes implicadas.⁷⁰ Países como Argelia,⁷¹ Argentina,⁷² El Salvador,⁷³ Malí⁷⁴ y Túnez cuentan con disposiciones similares.⁷⁵

Por último, cabe destacar que muchas de las leyes sobre enriquecimiento ilícito también pueden emplearse para perseguir indirectamente a personas que poseen bienes en “fideicomiso” o en “nombre” de la persona a la que realmente se dirige la ley. En dichos contextos, si bien una ley sobre enriquecimiento ilícito no puede sancionar directamente a estas partes independientes –por ejemplo, no pueden ser imputadas a cargos penales por enriquecimiento ilícito–, estas partes sí pueden resultar afectadas indirectamente por la confiscación de las ganancias de la persona procesada. Este tema se aborda con mayor detalle en las secciones 2.2.2.2 y 3.3.3.1.

Nota del autor: análisis de las opciones

Cada una de las opciones mencionadas anteriormente tiene sus ventajas y desventajas, y la decisión de una jurisdicción con respecto a asumir un planteamiento u otro suele depender del propósito legislativo que subyace a la adopción de la ley sobre enriquecimiento ilícito.

En países que tratan activamente de perseguir la corrupción –o aquellos que simplemente buscan cumplir con las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de anticorrupción–, es más que suficiente el enfoque de limitar la aplicación de una ley sobre enriquecimiento ilícito a funcionarios públicos. Asimismo, esta elección se puede justificar alegando que los funcionarios públicos deben estar sujetos a mecanismos de supervisión más estrictos, y expuestos a medidas disuasivas más firmes, partiendo del hecho de que asumen un cargo de responsabilidad respecto a los fondos públicos.

En el caso de países que pretenden recuperar más activos ilícitos, y no solo los robados por medio de actos de corrupción, es evidente que opten por la aplicación de leyes sobre enriquecimiento ilícito dirigidas a “cualquier persona”. Por ejemplo, como se ha mencionado anteriormente, el Parlamento de Australia Occidental no limita las leyes de declaración de riqueza inexplicable a funcionarios públicos, sino que las concibe para que se apliquen a cualquier persona, ya que el propósito principal de adoptar dicha ley era perseguir a los perpetradores del crimen organizado y de delitos relacionados con el tráfico de drogas.

70 [Traducción no oficial] Ley N.º 2016.014 relativa a la lucha contra la corrupción (Mauritania), Artículo 16 (Fragmento original: ‘Encourt la même peine, toute personne qui aura sciemment contribué par quelque moyen que ce soit à occulter l’origine illicite des biens visés à l’alinéa précédent.’).

71 [Traducción no oficial] Ley N.º 06-01 de 20 de febrero de 2006 relativa a la prevención y la lucha contra la corrupción (Argelia), Artículo 37.

72 Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2).

73 Código Penal de la República de El Salvador, 26 de abril de 1997 (29 de enero de 2020), Artículo 333.

74 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Malí), Artículo 4.

75 [Traducción no oficial] Ley N.º 46 de 2018, con fecha de 1.º de agosto de 2018, relativa a la declaración de ganancias e intereses y la lucha contra el enriquecimiento ilícito y los conflictos de intereses (Túnez), Artículo 45.

Por otra parte, los países pueden optar por promulgar leyes que abarquen tanto funcionarios públicos como a particulares de forma diferente, lo que implica estándares probatorios y niveles de pena distintos. Por ejemplo, Fiyi adoptó tanto una ley sobre enriquecimiento ilícito penal que persigue a funcionarios públicos como una ley sobre enriquecimiento ilícito civil que podría ser aplicable a cualquier persona.

2.2.2.2 Alcance de la “riqueza” aplicable en virtud de la ley

¿Qué tipo de “riqueza” abarca la ley?

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito se enfocan en el disfrute de una cantidad de “activos” cuyo monto no se justifica en comparación con los ingresos legítimos. Sin embargo, estas leyes difieren significativamente en lo que respecta a los tipos de “riqueza” que se pueden incluir en el dictamen general de si una persona ha cometido o no el acto de enriquecimiento ilícito. Algunas leyes asumen un enfoque restrictivo, centrándose únicamente en los activos tradicionales susceptibles de ser “adquiridos” o “gestionados”, mientras que otras leyes tienen un enfoque más general en el que consideran cualquier producto de valor pecuniario –como servicios recibidos y gastos generales incurridos– que contribuyen al “nivel de vida” de una persona.

Enfoque restrictivo: cálculo de la riqueza en función de los bienes, los activos y los recursos pecuniarios susceptibles de ser adquiridos o gestionados

Algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito penales asumen un enfoque restrictivo con respecto a los tipos de productos o beneficios que pueden considerarse al determinar si una persona se ha enriquecido ilícitamente. Estas leyes solo tienen en cuenta los activos, bienes o recursos pecuniarios reales que una persona ha adquirido o gestionado.

Por ejemplo, en Bangladés, de conformidad con la Ley de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission Act*) se considerará que una persona se ha enriquecido ilícitamente solo si ha “adquirido la titularidad de bienes muebles e inmuebles” que no sean acordes a sus fuentes de ingresos conocidas.⁷⁶ Del mismo modo, el Código Penal togolés limita el delito de enriquecimiento ilícito a la adquisición injustificada de “bienes muebles o inmuebles”.⁷⁷

Otros países simplemente tienen en cuenta el aumento de los “activos”, como la Ley de Prevención de la Corrupción (*Corruption [Prevention] Act*) de Jamaica, que solo se enfoca en situaciones en las que alguien “posee activos que no son proporcionales a sus ingresos legales”,⁷⁸ o el Código Penal de Madagascar, en virtud del cual se puede imputar un delito de enriquecimiento ilícito a alguien

76 [Traducción no oficial] Ley de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission Act*) de 2004 (Bangladés), Sección 27.

77 [Traducción no oficial] Ley N.º 2015-10 de 24 de noviembre de 2015 relativa al nuevo Código Penal (Togo), Artículo 620 (enmendada por la Ley N.º 2016-027 de 10 de octubre de 2016) (Fragmento original: ‘acquisition de biens mobilier ou immobilier’).

78 Ley de Prevención de la Corrupción (*Corruption [Prevention] Act*) de 2000 (Jamaica), Sección 14.

que “no pueda justificar razonablemente un aumento sustancial en sus activos”.⁷⁹

Las leyes civiles pocas veces implementan una interpretación restrictiva al momento de definir los tipos de riqueza que pueden ser objeto de la ley, aunque hay algunas excepciones –por ejemplo, Kenia y la jurisdicción de Zanzíbar en Tanzania–.

Enfoque más amplio: cálculo de la riqueza en función al nivel de vida u otros aspectos específicos

La mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito –tanto penales como civiles– atienden a una definición mucho más amplia de “riqueza”. Estas leyes no solo tienen en cuenta los activos, bienes o recursos pecuniarios que puedan estar bajo el control de una persona, sino que también se considera si una persona se ha beneficiado de algo que pueda haber contribuido a su “estilo de vida” o “nivel de vida”.

Por ejemplo, aunque la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong se centra en personas que tienen el “control de bienes o recursos pecuniarios” que “no son proporcionales a sus remuneraciones oficiales”, esta también se dirige a quienes llevan “un nivel de vida superior al correspondiente a su remuneración actual o pasada”.⁸⁰ Esta redacción, o una similar, se emplea en las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de países como Antigua y Barbuda,⁸¹ Bután,⁸² Botsuana,⁸³ Brunéi Darussalam,⁸⁴ Esuatini,⁸⁵ Etiopía,⁸⁶ Fiji,⁸⁷ Lesoto,⁸⁸ Malawi,⁸⁹ las Islas Marshall,⁹⁰

79 [Traducción no oficial] Código Penal malgache (enmendado por la Ley N.º 2016-020 de 22 de agosto de 2016 relativa a la lucha contra la corrupción), Artículo 183.1 (Fragmento original: ‘qui ne peut raisonnablement justifier une augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes.’).

80 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

81 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) (Ley N.º 21 de 2004) (Antigua y Barbuda), Artículo 7.

82 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2011 (Bután), Sección 60.

83 [Traducción no oficial] Ley de Corrupción y Delitos Económicos (*Corruption and Economic Crime Act*) de 1994 (Botsuana), Sección 34.

84 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1982 (Brunéi Darussalam), Sección 12.

85 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 2006 (Esuatini), Sección 34.

86 [Traducción no oficial] Código Penal de la República Democrática Federal de Etiopía, Proclamación N.º 414/2004, Artículo 419.

87 [Traducción no oficial] Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) (Fiji), Sección 10.

88 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*) de 1999 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos [*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*] de 2006) (Lesoto), Sección 31.

89 [Traducción no oficial] Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) de 1995 (enmendada en 2004) (Malawi), Sección 32.

90 [Traducción no oficial] Código Penal de 2011 (Islas Marshall), Sección 240.8.

Pakistán,⁹¹ Sierra Leona,⁹² Tanzania⁹³ y Uganda.⁹⁴ La ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Fiyi también incluye este estilo de redacción.⁹⁵

Del mismo modo, una persona puede ser condenada en virtud de las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de Benín,⁹⁶ Burkina Faso,⁹⁷ Guinea,⁹⁸ Malí,⁹⁹ Níger,¹⁰⁰ Santo Tomé y Príncipe¹⁰¹ y Senegal¹⁰² si no puede justificar las fuentes de los fondos empleados para mantener su estilo de vida, y en Nepal,¹⁰³ se considera que una persona ha cometido un delito si ha llevado un “estilo de vida incompatible o impropio”.

Curiosamente, la mayoría de estas leyes no incluyen una definición de “nivel de vida” o “estilo de vida”. La ley de Santo Tomé y Príncipe es una excepción, ya que establece que un “estilo de vida” abarca “todos los gastos en bienes de consumo o donaciones a nivel nacional o internacional”.¹⁰⁴ Sin embargo, debido a la falta de definiciones legislativas, algunos tribunales se han encargado de interpretar el término y evaluar los tipos de productos o beneficios que pueden interpretarse como contribución al estilo de vida de una persona. Por ejemplo, en el caso de *Ernest Percival Max Hunt contra la Reina*, en Hong Kong,¹⁰⁵ el tribunal presumió que “...llevar un nivel de vida implica la adquisición de bienes y servicios...” y que un “nivel de vida, durante un período determinado, incluye las comodidades disfrutadas durante ese período”.¹⁰⁶ En el caso de *Uganda contra Geoffrey Kazinda*,¹⁰⁷ el Tribunal Supremo de Uganda se remitió al *Diccionario Internacional de Inglés de*

91 [Traducción no oficial] Ordenanza Nacional de Rendición de Cuentas (*National Accountability Ordinance*) (XVIII de 1999) (Pakistán), Sección 9.

92 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2008 (Sierra Leona), Sección 27.

93 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

94 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

95 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1997 (modificada por la Enmienda N.º 7 a la Ley del Producto del Delito [*Proceeds of Crime Act*] de 2005 y por la Enmienda al Decreto N.º 61 de 2012 relativo a ganancias derivadas de un delito) (Fiyi), Sección 71F.

96 [Traducción no oficial] Ley N.º 2011-20 de 12 de octubre de 2011 relativa a la lucha contra la corrupción y otros delitos relacionados (República de Benín), Artículo 55.

97 [Traducción no oficial] Ley N.º 004-2015/CNT relativa a la prevención y sanción de la corrupción (Burkina Faso), Artículo 63.

98 [Traducción no oficial] Código Penal (Guinea), Ley N.º 59/2016, Artículo 776.

99 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Malí), Artículo 2.

100 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 1.

101 [Traducción no oficial] Código Penal, aprobado por la Ley 6 de 2012 (Santo Tomé y Príncipe), Artículo 455.

102 [Traducción no oficial] Código Penal, Ley N.º 1965-60 (Senegal), Artículo 163 bis.

103 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) N.º 2059 (2002) (Nepal), Sección 20.

104 [Traducción no oficial] Código Penal, aprobado por la Ley 6 de 2012 (Santo Tomé y Príncipe), Artículo 455(3) (Fragmento original: ‘Para efeitos do n.º 1 entende-se por modo de vida todos os gastos com bens de consumo ou com liberalidades realizados no país ou no estrangeiro.’).

105 Ernest Percival Max Hunt c. la Reina [1974] HKCA 111.

106 Ibid.

107 Uganda c. Geoffrey Kazinda, Caso HCT-AC/CO, Sesión N.º 004/2016 (fallo emitido el 28 de octubre de 2020).

Cambridge (Cambridge International Dictionary of English) y definió el nivel de vida como el grado de “riqueza, comodidad, bienes materiales y necesidades” que dispone una persona.¹⁰⁸

De acuerdo con estas descripciones, las leyes que hacen referencia a un “nivel de vida” o a un “estilo de vida” permiten, sin duda, un planteamiento mucho más amplio a la hora de calcular la riqueza de una persona. Estas leyes no solo tienen en cuenta la adquisición de activos tradicionales, sino que consideran el disfrute de cualquier producto –de un valor financiero calculable– a la hora de determinar si una persona se pudo haber beneficiado de una riqueza que supera sus fuentes de ingresos legítimas.

También hay que señalar que varios países no incluyen el término “nivel de vida” ni “estilo de vida” en sus leyes sobre enriquecimiento ilícito penales; sin embargo, permiten una interpretación amplia a la hora de calcular la riqueza de una persona. Por el contrario, estas leyes establecen acciones u aspectos específicos que van más allá de la adquisición de activos tradicionales y pueden contribuir a la situación financiera o al estilo de vida de una persona. Por ejemplo, además de enfocarse en la adquisición de bienes tradicionales, las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de China,¹⁰⁹ Cuba,¹¹⁰ Guatemala¹¹¹ y Perú¹¹² también precisan que se deben considerar los “gastos” de una persona a la hora de determinar si ha ocurrido un enriquecimiento ilícito. La ley de Filipinas¹¹³ también persigue cualquier “exhibición ostentosa de riqueza”. Además, las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de Argentina,¹¹⁴ Ecuador,¹¹⁵ Guatemala,¹¹⁶ Kuwait,¹¹⁷ Panamá¹¹⁸ y Paraguay¹¹⁹ tienen en cuenta cualquier “deuda”, “obligación” o “responsabilidad” que

108 Ibid.

109 [Traducción no oficial] Código penal de la República Popular China (enmendado en 2017), Sección 395.

110 Ley N.º 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29 de diciembre de 1987, Artículo 150 (Fragmento original: ‘gastos’).

111 Código Penal, Decreto N.º 17-73 (modificado por Ley contra la Corrupción, Decreto N.º 31-2012) (Guatemala), Artículo 448 (Fragmento original: ‘gastos’).

112 Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401 (Fragmento original: ‘gasto económico personal’).

113 [Traducción no oficial] Ley de la República N.º 3019, Ley sobre Prácticas Anticorrupción y Antisoborno (*Anti-Graft and Corrupt Practices Act*) (17 de agosto de 1960) (Filipinas), Sección 8.

114 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2) (Fragmento original: ‘... sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.’).

115 Código Orgánico Integral Penal de la República de Ecuador, de 10 de febrero de 2014, Artículo 279 (Fragmento original: ‘Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.’).

116 Código Penal, Decreto N.º 17-73 (modificado por Ley contra la Corrupción, Decreto N.º 31-2012) (Guatemala), Artículo 448 (Fragmento original: ‘cancelación de deudas u obligaciones’).

117 [Traducción no oficial] Ley N.º 2 de 2016 relativa a la instauración de la autoridad pública de lucha contra la corrupción de Kuwait y las disposiciones sobre la divulgación de activos y pasivos, Artículo 1.

118 Código Penal de la República de Panamá, Ley 14 de 2007 (con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008), Artículo 351.

119 Ley N.º 2523 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13 de diciembre de 2004) (Paraguay), Artículo 3 (Fragmento original: ‘Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.’).

se haya reducido o extinguido, mientras que las de Malawi¹²⁰ y Paraguay¹²¹ precisan la recepción de servicios como un medio a través del cual alguien podría enriquecerse ilícitamente.

En general, las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles se imponen a una interpretación sumamente amplia de riqueza.¹²² Estas leyes suelen incluir una descripción detallada de los elementos que pueden considerarse aspectos contribuyentes de la “riqueza” de una persona, la cual suele incluir todos los “bienes” que se pueden poseer, adquirir o enajenar, así como cualquier servicio, ventaja o beneficio que una persona pueda haber recibido. Un ejemplo de este enfoque es la Ley sobre Decomiso de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Forfeiture Act*) de 2002 de la jurisdicción australiana del Territorio del Norte, que puede aplicarse expresamente a todos los bienes, servicios, ventajas y beneficios de que una persona pueda haber disfrutado (véase más adelante).

Ejemplo: la amplia definición legislativa de “riqueza” contenida en la ley sobre enriquecimiento ilícito civil del Territorio del Norte (Australia)

**Ley sobre Decomiso de Propiedades derivadas de Actos Delictivos
(*Criminal Property Forfeiture Act*) de 2002**

70. Componentes de la riqueza de una persona

Los siguientes bienes, servicios, ventajas y beneficios componen la riqueza de una persona:

- (a) todos los bienes que la persona posea, independientemente de que hayan sido adquiridos antes o después de la entrada en vigor de esta Ley;
- (b) todos los bienes que la persona controle, ya sea que haya adquirido el control antes o después de la entrada en vigor de esta Ley;
- (c) todos los bienes que la persona haya cedido en cualquier momento, ya sea antes o después de la entrada en vigor de esta Ley;

120 [Traducción no oficial] Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) de 1995 (enmendada en 2004) (Malawi), Sección 32.

121 Ley N.º 2523 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13 de diciembre de 2004) (Paraguay), Artículo 3 (Fragmento original: ‘Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.’).

122 Algunas de las excepciones son la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de Kenia (Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos [*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*] de 2003) y las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles de Zanzibar, Tanzania (Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos [*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*] de 2012) y la República de Mauricio (Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza [*Good Governance and Integrity Reporting Act*] de 2015), que solo se aplican a los “activos”.

(d) todos aquellos bienes que la persona haya adquirido en cualquier momento, ya sea antes o después de la entrada en vigor de la presente Ley, como bienes de consumo y bienes duraderos que se hayan consumido o desechado –sin incluir alimentos, ropa y otros productos de uso cotidiano–;

(e) todos los servicios, ventajas y beneficios que la persona haya adquirido en cualquier momento, ya sea antes o después de la entrada en vigor de esta Ley;

(f) todos los bienes, servicios, ventajas y beneficios adquiridos en cualquier momento por otra persona, a petición o por orden de la persona dueña de la riqueza, ya sea antes o después de la entrada en vigor de la presente Ley, como bienes de consumo y bienes duraderos que se hayan consumido o desechado –sin incluir alimentos, ropa y otros productos de uso cotidiano–;

(g) cualquier elemento de valor monetario adquirido por la persona dueña de la riqueza o por otra persona, en Australia o en cualquier otro lugar, a partir de la explotación comercial de cualquier producto o de cualquier emisión, teledifusión u otra publicación, cuando el valor comercial del producto, la emisión, la teledifusión u otra publicación dependa o se derive de la participación de la persona en la comisión de un delito de decomiso, independientemente de que cómo se haya adquirido –legal o ilegalmente– y de que la persona haya sido o no acusada o condenada por el delito.

Tratamiento de los activos y beneficios de terceros

Varias leyes sobre enriquecimiento ilícito penales y civiles tienen en cuenta específicamente la riqueza que poseen o reciben personas estrechamente relacionadas con el acusado/demandado en caso de que se pueda demostrar que la persona posee riqueza en nombre del acusado/demandado, o esta no se derive de una causa adecuada. Esto garantiza que la ley pueda seguir aplicándose en situaciones en las que una persona ha intentado ocultar al verdadero propietario o beneficiario de determinados activos.

Por ejemplo, las leyes de una serie de jurisdicciones, como las de Bután,¹²³ Botsuana,¹²⁴ Esuatini,¹²⁵

123 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2011 (Bután), Sección 60.

124 [Traducción no oficial] Ley de Corrupción y Delitos Económicos (*Corruption and Economic Crime Act*) de 1994 (Botsuana), Sección 34.

125 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 2006 (Esuatini), Sección 34.

Fiji,¹²⁶ Hong Kong (China),¹²⁷ Lesoto,¹²⁸ las Islas Marshall,¹²⁹ Tanzania,¹³⁰ Zanzíbar(Tanzania),¹³¹ Sierra Leona¹³² y Uganda¹³³ se centran específicamente en cualquier activo que se considere que está en poder de otra parte “en fideicomiso o de otro modo” en nombre de la persona sujeta a un procedimiento judicial en materia de enriquecimiento ilícito. Las jurisdicciones del Territorio del Norte (Australia)¹³⁴ y de Tasmania (Australia)¹³⁵ también consideran los bienes que la persona en cuestión puede haber “cedido”.

Además, la ley sobre enriquecimiento ilícito de México¹³⁶ permite al tribunal incluir los activos en poder del “cónyuge” o los “dependientes” a la hora de calcular el monto total del enriquecimiento ilícito –a menos que la persona acusada pueda demostrar que dichos activos fueron adquiridos por tales individuos de forma independiente–. La ley de Paraguay¹³⁷ también tiene en cuenta especialmente las deudas u obligaciones anuladas del cónyuge u otros parientes de la persona acusada a la hora de realizar cálculos similares.

2.2.2.3 Umbrales de valor que restringen el ámbito de aplicación

¿Debe el Estado demostrar un valor mínimo de riqueza, un aumento de la riqueza general o un aumento desproporcionado del patrimonio antes de poder aplicar la ley?

Aunque la gran mayoría de las jurisdicciones no imponen una limitación de valor en sus leyes sobre enriquecimiento ilícito, muchas exigen que el Estado establezca un valor mínimo de:

- riqueza general de la persona en cuestión;
- aumento de la riqueza general de una persona durante un período determinado; o

126 [Traducción no oficial] Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) (Fiji), Sección 10.

127 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10(2).

128 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*) de 1999 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos [*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*] de 2006) (Lesoto), Sección 31.

129 [Traducción no oficial] Código Penal de 2011 (Islas Marshall), Sección 240.8.

130 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

131 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2012 (Tanzania: Zanzíbar), Sección 66.

132 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2008 (Sierra Leona), Sección 27.

133 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

134 [Traducción no oficial] Ley sobre Decomiso de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Forfeiture Act*) de 2002 (Australia: Territorio del Norte), Artículo 70.

135 [Traducción no oficial] Ley sobre Delitos (Confiscación de Ganancias) (*Crime (Confiscation of Profits) Act*) de 1993 (Australia: Tasmania), Sección 138.

136 Código Penal Federal (México), Artículo 224.

137 Ley N.º 2523 que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias (de 13 de diciembre de 2004) (Paraguay), Artículo 3(1)(b).

- aumento de la riqueza de una persona que esté por encima de sus ingresos legítimos.

Por ejemplo, con respecto a la primera opción, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de Trinidad y Tobago¹³⁸ solo impondrá una “orden de riqueza inexplicable” cuando se haya demostrado que una persona posee una riqueza total superior a TTD 500 000; mientras que, en lo que respecta a la segunda opción, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Afganistán¹³⁹ solo es aplicable si el aumento de los activos de una persona supera los AFN 500 000 anuales. Por último, en cuanto a la tercera opción, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Honduras¹⁴⁰ solo puede aplicarse si se demuestra que el imputado ha aumentado su riqueza en más de HNL 500 000 por encima de sus ingresos legítimos.

Además de la redacción incluida en el Artículo 20 de la CNUCC, algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito penales imponen un umbral de valor indefinido y establecen, en cambio, que el aumento injustificable de los activos debe ser “significativo” o “sustancial” antes de poder aplicar la ley. Por ejemplo, la ley de la República del Congo¹⁴¹ establece que se imputará el delito de enriquecimiento ilícito a una persona “que no pueda justificar adecuadamente el aumento sustancial de sus activos en comparación con sus ingresos legítimos”, mientras que la ley de Nicaragua¹⁴² establece que el enriquecimiento ilícito se produce cuando un funcionario público “[obtiene] un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos”. También se incluyen umbrales similares en las leyes de Argelia,¹⁴³ Argentina,¹⁴⁴ Armenia,¹⁴⁵ Chile,¹⁴⁶ Costa de Marfil,¹⁴⁷

138 [Traducción no oficial] Ley sobre Activos de Procedencia Inexplicable, Gestión y Recuperación de Activos de Orden Civil (*Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act*) de 2019 (Trinidad y Tobago), Sección 58.

139 [Traducción no oficial] Código Penal (Afganistán), Artículo 419(2).

140 Código Penal (Decreto N.º 130-2017)(Honduras), Artículo 484.

141 [Traducción no oficial] Ley N.º 5-2009 relativa a la corrupción, concusión, fraude y delitos similares (República del Congo), Artículo 20 (Fragmento original: ‘Sera reconnu coupable du crime d’enrichissement illicite et puni de la réclusion pour une durée allant de cinq ans à dix ans au plus sans possibilité de bénéficier du produit des travaux effectués, tout agent public, personne chargée d’une mission de service public, personne investie d’un mandat public électif, tout dirigeant, mandataire ou salarié d’entreprise publique ou toute autre personne qui ne peut raisonnablement justifier l’augmentation substantielle de son patrimoine par rapport à ses revenus légitimes.’).

142 Código Penal, Ley N.º 641, aprobado el 13 de noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448 (Fragmento original: ‘La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público.’).

143 [Traducción no oficial] Ley N.º 06-01 de 20 de febrero de 2006 relativa a la prevención y la lucha contra la corrupción (Argelia), Artículo 37.

144 Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Artículo 268(2).

145 [Traducción no oficial] Código Penal de la República de Armenia de 29 de abril de 2003, N.º ZR-528 (enmendado el 13 de noviembre de 2019), Artículo 310(1).

146 Código Penal de 12 de noviembre de 1874 (enmendado por la Ley 20088 de 2006) (Chile), Artículo 241 bis.

147 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 2013-660 relativa a la prevención y la lucha contra la corrupción y delitos similares (20 de septiembre de 2013) (Costa de Marfil), Artículo 56.

la República Democrática del Congo,¹⁴⁸ Yibuti,¹⁴⁹ Haití,¹⁵⁰ Madagascar,¹⁵¹ Malí¹⁵² y Moldavia.¹⁵³

2.2.2.4 Plazos de prescripción en la aplicación (leyes sobre enriquecimiento ilícito penales)

¿Existen prescripciones para la aplicación de la ley sobre enriquecimiento ilícito?

Varias leyes sobre enriquecimiento ilícito penales adoptan planteamientos opuestos en lo que respecta a la inclusión de plazos de prescripción. Mientras que las leyes de una serie de jurisdicciones establecen explícitamente que no hay ningún plazo de prescripción que pueda aplicarse a la ejecución de delitos de enriquecimiento ilícito, las leyes de otras jurisdicciones establecen plazos estrictos en los que se pueden iniciar los procedimientos penales.

Por ejemplo, la legislación de varios países establece explícitamente que el enriquecimiento ilícito es, por naturaleza, un delito de carácter continuado, debido a que la persona acusada disfruta a perpetuidad de un beneficio directo o indirecto del acto de enriquecimiento. Por ejemplo, las leyes de Argelia,¹⁵⁴ Burkina Faso¹⁵⁵ y Mauritania¹⁵⁶ establecen que el enriquecimiento ilícito “es un delito de carácter continuado caracterizado por la posesión o el uso directo o indirecto de bienes ilícitos”. En la ley sobre enriquecimiento ilícito de Madagascar¹⁵⁷ se emplea una redacción similar, mientras

148 [Traducción no oficial] Código Penal del Congo, decreto de 30 de enero de 1940 (enmendado por la Ley N.º 05/006 de 29 de marzo de 2005) (República Democrática del Congo), Artículo 6.

149 [Traducción no oficial] Ley N.º 111/AN/11/6.ª L relativa a la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves (25 de mayo de 2011) (Yibuti), Artículo 11.

150 [Traducción no oficial] Constitución de 1987 de la República de Haití, Artículo 242 (aunque el delito de enriquecimiento ilícito estipulado en la jurisdicción de Haití no menciona este tipo de umbral, consulte la ley relativa a la prevención y sanción de la corrupción [Ley N.º CI-2014-008], Artículo 5.2).

151 [Traducción no oficial] Código Penal malgache (enmendado por la Ley N.º 2016-020 de 22 de agosto de 2016 relativa a la lucha contra la corrupción), Artículo 183.1.

152 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Mali), Artículo 2.

153 [Traducción no oficial] Código Penal de 2002 (enmendado por la Ley Penal 326 desde el 23 de diciembre de 2013) (Moldavia), Artículo 330/2.

154 [Traducción no oficial] Ley N.º 06-01 de 20 de febrero de 2006 relativa a la prevención y la lucha contra la corrupción (Argelia), Artículo 37 (Fragmento original: ‘L’enrichissement illicite, visé à l’alinéa 1er du présent article, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d’une manière directe ou indirecte.’).

155 [Traducción no oficial] Ley N.º 004-2015/CNT relativa a la prevención y sanción de la corrupción (Burkina Faso), Artículo 63 (Fragmento original: ‘Le délit d’apparence, ainsi visé, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d’une manière directe ou indirecte.’).

156 [Traducción no oficial] Ley N.º 2016.014 relativa a la lucha contra la corrupción (Mauritania), Artículo 16 (Fragmento original: ‘L’enrichissement illicite, visé à l’alinéa premier du présent article, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d’une manière directe ou indirecte.’).

157 [Traducción no oficial] Código Penal malgache (enmendado por la Ley N.º 2016-020 de 22 de agosto de 2016 relativa a la lucha contra la corrupción), Artículo 183.1 (Fragmento original: ‘L’enrichissement illicite constitue une infraction continue caractérisée par la détention du patrimoine ou l’emploi des ressources illicites.’).

que en Níger,¹⁵⁸ la ley especifica que el enriquecimiento ilícito “constituye un delito de carácter continuado cuya comisión se deriva de la simple perpetuación de sus elementos delictivos”. Otros países, como Tanzania, no declaran expresamente que el delito de enriquecimiento ilícito sea continuo, pero le conceden indirectamente un carácter de continuidad al no aplicar un plazo de prescripción explícito a su ejecución.¹⁵⁹

Las leyes de otros países adoptan una postura opuesta y aplican prescripciones a la aplicación de disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, en Haití,¹⁶⁰ la Constitución impone un plazo de prescripción de veinte años.

Cabe notar que, Malí vuelve a adoptar un planteamiento diferente y califica el delito de enriquecimiento ilícito como continuo, pero a su vez impone un plazo de prescripción a partir de la fecha de detección de los elementos del delito.¹⁶¹

2.2.3 Disposiciones específicas sobre la inversión de la carga de la prueba

¿Incluye la ley sobre enriquecimiento ilícito una disposición que obligue a la persona en cuestión a presentar pruebas sobre las fuentes legítimas de su riqueza?

Varias leyes sobre enriquecimiento ilícito incluyen un mecanismo específico que puede accionarse con el fin de obligar a una persona a presentar pruebas sobre las fuentes legítimas de su riqueza. Mientras que algunas leyes exigen que la persona declare las fuentes legítimas de “toda” la riqueza de la que ha disfrutado, otras leyes son menos onerosas y solo exigen que la persona declare el valor de la riqueza que el Estado establece que no es proporcional a sus fuentes de ingresos conocidas.

No obstante, no todas las leyes incluyen este tipo de obligaciones. Hay incluso algunas leyes sobre

158 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 2 (Fragmento original: ‘L’enrichissement illicite constitue une infraction permanente qui est réputée consommée par la seule perpétuation de ses effets délictueux La prescription de l’action publique frappant éventuellement les faits à l’origine de l’enrichissement illicite ne peut lui être opposée dès lors que les éléments constitutifs de l’enrichissement illicite en tant que délit spécifique, tel que défini à l’article 1er, sont réunis.’).

159 En Tanzania no existen prescripciones relativas a los delitos de corrupción mencionados en la Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 – Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, *Review of the Implementation of the United Nations Convention Against Corruption (República Unida de Tanzania)* CAC/COSP/IRG/1/3/1/Add.9, Organización de las Naciones Unidas, Viena, 2014, p. 5.

160 [Traducción no oficial] Constitución de 1987 de la República de Haití, Artículo 243 (Fragmento original: ‘Le Fonctionnaire coupable des délits sus-désignés ne peut bénéficier que de la prescription vicennale. Cette prescription ne commence à courir qu’à partir de la cessation de ses fonctions ou des causes qui auraient empêché toute poursuite.’). No queda claro si esta prescripción es aplicable al delito de enriquecimiento ilícito mencionado en la ley relativa a la prevención y sanción de la corrupción (Ley N.º CI-2014-008).

161 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Malí), Artículo 5 (Fragmento original: ‘L’enrichissement illicite est une infraction continue. Le délai de prescription ne court qu’à compter du jour de la découverte des éléments constitutifs de l’enrichissement illicite. L’enrichissement illicite est une infraction réputée consommée par la seule continuation de ses effets.’).

enriquecimiento ilícito que adoptan un planteamiento opuesto y, precisan que el Estado asume la carga de la prueba para demostrar el supuesto acto de enriquecimiento ilícito.

Obsérvese que, a lo largo del libro, se utilizan indistintamente las expresiones inversión de la “obligación” e inversión de la “carga de la prueba”, ya que ambos términos se emplean en la legislación sobre enriquecimiento ilícito.

2.2.3.1 Obligación de una persona de probar la legalidad de su riqueza

Muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles contienen una disposición que se redacta específicamente para imponer la carga de la prueba a la persona demandada, de modo que esta deba probar las fuentes legítimas de toda su riqueza. Por ejemplo, en los procedimientos derivados de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Australia Occidental, “[s]e presume que todo bien, servicio, ventaja o beneficio que forme parte de la riqueza del demandado no se ha adquirido legalmente, a menos que este último demuestre lo contrario”.¹⁶² En virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de la República de Mauricio, “la responsabilidad debe recaer en el imputado, quien debe probar, según un balance de probabilidades, que los bienes en su poder no suponen riqueza inexplicable”.¹⁶³ Del mismo modo, en la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de otra jurisdicción australiana, la de Nueva Gales del Sur, “[l]a carga de la prueba en los procedimientos judiciales contra una persona por concepto de una orden de riqueza inexplicable recae en la persona, quien debe probar que su riqueza actual o pasada no se deriva de bienes adquiridos con dinero producto de actividades delictivas”.¹⁶⁴ Por último, en la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de Trinidad y Tobago, también se establece que “la carga de la prueba relativa a demostrar que el imputado ha adquirido su riqueza legalmente recae sobre este”.¹⁶⁵

Sin duda, estos mecanismos directos e indubitativos son bastante controvertidos, en especial porque al iniciador de la acción legal, el Estado, solo se le exige que establezca que una persona controla o disfruta de riqueza antes de que se active el mecanismo de reversión de la responsabilidad y se le exija a la persona en cuestión que establezca la legalidad de esta riqueza. De conformidad con estos mecanismos, el Estado no está obligado a probar que la riqueza en cuestión es de algún modo desproporcionado con respecto a los ingresos legales conocidos de una persona, antes de que se presuma su origen ilícito. Por el contrario, una vez que el Estado ha

162 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Sección 12(2).

163 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) (República de Mauricio), Sección 3(5).

164 [Traducción no oficial] Ley sobre Recuperación de Activos Ilícitos (*Criminal Assets Recovery Act*) de 1990 (Australia: Nueva Gales del Sur), Sección 28B(3).

165 [Traducción no oficial] Ley sobre Activos de Procedencia Inexplicable, Gestión y Recuperación de Activos de Orden Civil (*Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act*) de 2019 (Trinidad y Tobago), Sección 65(4).

establecido que una persona se ha beneficiado de cierta riqueza, toda la responsabilidad recae en el imputado, quien debe probar que la riqueza en cuestión proviene de fuentes legítimas.

Sin embargo, es importante señalar que estas leyes también incluyen medidas precautorias específicas para evitar su abuso. Este tema se aborda de forma más detallada en la sección 2.3.

2.2.3.2 Obligación de una persona de probar la legalidad de una cantidad de activos que se considera desproporcional a sus ingresos legítimos conocidos

Muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito penales adoptan un planteamiento moderado y precisan que una persona puede ser condenada por un delito de enriquecimiento ilícito si no es capaz de dar una explicación “convinciente” o “plausible” del disfrute de una cantidad de activos que se establece que está por encima de sus fuentes conocidas de ingresos legales.

Por ejemplo, en Tanzania, si el Estado establece que un funcionario público ha mantenido un nivel de vida que sus ingresos legítimos actuales o pasados no pueden justificar, o que posee bienes desproporcionados con respecto a sus ingresos legítimos actuales o pasados, este será declarado culpable de un delito “a menos que presente una declaración satisfactoria ante el tribunal sobre cómo ha podido mantener ese nivel de vida o cómo ha llegado a poseer esos bienes”.¹⁶⁶ Del mismo modo, en la India, se presume que un funcionario público se ha enriquecido ilícitamente si se demuestra que posee bienes o recursos pecuniarios desproporcionados con respecto a sus fuentes de ingresos conocidas y que “no puede justificar de manera convincente”,¹⁶⁷ mientras que en Nicaragua, un funcionario que obtenga un aumento de sus activos superior a sus ingresos legítimos puede ser declarado culpable de un delito de enriquecimiento ilícito si “no puede justificar plausiblemente su origen”.¹⁶⁸

Como se evidencia en la redacción empleada anteriormente, estas leyes difieren de los ejemplos del ámbito civil mencionados en el enfoque previo, ya que el Estado debe establecer primero que una persona se ha beneficiado de una determinada cantidad de riqueza desproporcionada antes de que se le imponga la obligación de presentar pruebas de sus ingresos legítimos.

Aunque este modelo de obligación legal es algo menos controvertido, aún se sigue debatiendo sobre la compatibilidad general de dichas obligaciones con los principios de derecho penal establecidos, como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y el privilegio de no

166 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

167 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción [*Prevention of Corruption Act*] de 2018) (India), Sección 13(1).

168 Código Penal, Ley N.º 641, aprobado el 13 de noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448 (Fragmento original: ‘La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público.’).

declarar contra sí mismo. Sin embargo, hasta la fecha, la doctrina judicial predominante es que estos mecanismos son compatibles con dichos principios, ya que se consideran un mecanismo proporcional y necesario para combatir determinados delitos, como la corrupción. Esto se aborda con mayor detalle en la cuarta parte.

2.2.3.3 Planteamiento alternativo: leyes en las que toda la carga de la prueba recae sobre el Estado

Existen ejemplos de leyes sobre enriquecimiento ilícito penales que adoptan un planteamiento completamente diferente al de las leyes anteriores, en las cuales se estipula que la carga de la prueba respecto a la existencia del enriquecimiento ilícito recae exclusivamente sobre el Estado. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Chile establece expresamente que “[l]a prueba de enriquecimiento sin causa... siempre debe ser responsabilidad del Ministerio Público”.¹⁶⁹ La inclusión de este tipo de aclaraciones puede servir para mitigar la preocupación de que la ley en cuestión vulnere principios del derecho como la presunción de inocencia.

2.2.3.4 Más allá de la legislación: interpretaciones judiciales de las obligaciones contenidas en las leyes sobre enriquecimiento ilícito

Es importante destacar que algunos tribunales han anulado las obligaciones tanto implícitas como explícitas que existen en las leyes sobre enriquecimiento ilícito penal al aplicarlas, dictaminando que las leyes no imponen en ningún caso la obligación de que la persona acusada presente pruebas o demuestre su inocencia. De este modo, los tribunales han tratado de aliviar la preocupación de que estas leyes contravengan principios jurídicos establecidos, como la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio. Por ejemplo, si bien la ley de Argentina persigue a “el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo”,¹⁷⁰ la Corte Suprema ha aclarado posteriormente que esta redacción no exige que una persona “justifique” su patrimonio, sino que se limita a darle “la posibilidad de justificar el

169 Código Penal de 12 noviembre de 1874 (enmendado por la Ley 20088 de 2006) (Chile), Artículo 241 bis (Fragmento original: “La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público.”).

170 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado) (Fragmento original: “Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.”).

origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar”.¹⁷¹

El desarrollo de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, así como sus interpretaciones judiciales posteriores, se analizan con más detalle en la tercera parte.

2.2.4 Facultad legal para que la revelación de información sea de carácter obligatorio

¿Incluye la ley sobre enriquecimiento ilícito o su instrumento legislativo una disposición que permita al Estado obligar a una persona a revelar información financiera?

A veces, las leyes sobre enriquecimiento ilícito –o el instrumento legislativo en el que se enmarca dicha ley– también cuentan con un mecanismo que otorga al Estado la facultad legal de obligar a una persona a facilitar información financiera sobre su riqueza y las fuentes de ingresos con las que ha adquirido o disfrutado de dicha riqueza.

Esta facultad legal es similar a, pero no se relaciona con, los mecanismos de declaración de bienes que suelen existir, los cuales exigen a funcionarios públicos declarar periódicamente su patrimonio como condición para ocupar un cargo público. Por el contrario, puede recurrirse a esta facultad durante una investigación sobre enriquecimiento ilícito para exigir a una persona a prestar una declaración jurada en la que presente información detallada sobre su riqueza, como una lista completa de los activos que posee y las fuentes de ingresos que empleó para adquirirlos.

Por lo general, la forma y el alcance de esta facultad difieren entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales y civiles. En las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales, esta facultad suele otorgarse directamente a la agencia de orden público pertinente, de modo que los funcionarios correspondientes puedan solicitar esta información a una persona durante el curso de una investigación. Por ejemplo, en virtud de la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de Brunéi Darussalam –el instrumento legislativo general que enmarca la ley sobre enriquecimiento ilícito del país–, un fiscal está facultado para emitir una notificación por escrito a una persona sospechosa de cometer un delito de enriquecimiento ilícito, en la cual se le exige que:

171 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09) (Fragmento original: ‘De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., en respuesta a: ‘Alsogaray’, ya citado).’). También es importante señalar que a pesar de la continua ratificación de este punto de vista en el tribunal, el problema de si la ley sobre enriquecimiento ilícito de Argentina incluye una inversión de la carga de la prueba sigue siendo motivo de debate entre los juristas; véase el siguiente ejemplo: G. Marnich, *Análisis Constitucional del Artículo 268(2) del Código Penal a la Luz del Caso ‘Alsogaray’*, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2018 y E. Aguirre et al., *Constitucionalidad del Art 268(2) C.P.*, Universidad Nacional de La Pampa (tesis), Santa Rosa, 2010.

...presente una declaración formal o, según el fiscal lo considere oportuno, una declaración por escrito en la que se enumeren todos los bienes muebles o inmuebles que le pertenezcan o posea esa persona y su cónyuge, padres o hijos, y se especifique la fecha en que se adquirió cada uno de los bienes enumerados, ya sea mediante compra, donación, legado, herencia o de otro modo...¹⁷²

El incumplimiento de una orden de este tipo constituye un delito, y puede dar lugar a una multa y a una pena de prisión de un año.¹⁷³

Este punto en particular es bastante controvertido, ya que podría decirse que la obligación de revelar información para efectos de una investigación penal es contraria al privilegio de no declarar contra sí mismo.

En Níger, incluso se han declarado inconstitucionales algunas partes de la ley sobre enriquecimiento ilícito por este motivo. En virtud de la Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito, en cuanto se abría una investigación formal sobre enriquecimiento ilícito contra una persona, el Ministerio Público estaba previamente facultado para enviar una solicitud de información a dicha persona relativa a sus activos e ingresos.¹⁷⁴ La respuesta a esta solicitud era obligatoria y no acatarla daba lugar a una presunción automática de que la persona se había enriquecido ilícitamente.¹⁷⁵ Mientras que las partes restantes de la ley se consideraron válidas, estas facultades específicas –y la presunción derivada de la ausencia de respuesta– se consideraron inconstitucionales.¹⁷⁶

A diferencia de los ejemplos anteriores, las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles por las cuales se otorgan facultades de revelación suelen adoptar un planteamiento más moderado. En lugar de facultar a la agencia de orden público pertinente para que exija la revelación, la ley le exigirá a dicha agencia que solicite una orden del tribunal emitida de forma independiente que pueda emplearse para obligar a una persona a revelar su información financiera. Cuando proceda, esta información se presentará como prueba durante una audiencia de solicitud de una orden del tribunal definitiva para establecer la existencia de enriquecimiento ilícito.

Por ejemplo, en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada de las Bahamas, el Estado, antes de solicitar una “orden de riqueza inexplicable” definitiva contra una persona, solicita primero una “orden de riqueza inexplicable *provisoria*” en virtud de la cual se puede exigir a la persona en cuestión que declare o responda a las preguntas que se le formulen en relación con sus

172 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1982 (Brunéi Darussalam), Sección 23A(1)(a).

173 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1982 (Brunéi Darussalam), Sección 23A(2).

174 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 4.

175 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 5.

176 [Traducción no oficial] Sentencia N.º 07/08/CC/MC de 20 de noviembre de 2008 (Corte Constitucional) (Níger).

activos.¹⁷⁷ Posteriormente, el Estado podrá utilizar esta información en su solicitud de una “orden de riqueza inexplicable *perentoria*”. Resulta interesante que, aunque la información contenida en dicha declaración pueda utilizarse a efectos de la posterior solicitud civil de una orden judicial, “todo lo que se revele durante una declaración y cualquier información, documento o elemento obtenido como consecuencia directa o indirecta de la declaración no será admisible contra la persona en ningún procedimiento penal, excepto en un proceso legal relativo a la falsedad de la declaración”.¹⁷⁸ Este es un punto importante, ya que podría oponerse a cualquier reclamo de que las obligaciones de revelación mencionadas contravienen el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo.

Del mismo modo, en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de la República de Mauricio, si la *Integrity Reporting Services Agency* sospecha que alguien pueda haberse enriquecido ilícitamente, esta tiene la facultad legal de emitir una solicitud escrita de carácter no obligatorio a una persona para que explique “el origen de cualquier fondo que la persona posea, tenga, custodie o controle, o que se crea que se ha empleado en la adquisición de algún bien”.¹⁷⁹ En caso de que la persona no responda a dicha solicitud, la Agencia está facultada para solicitar una orden de revelación emitida por el tribunal para obtener “información sobre los bienes que posea una persona o terceros en su nombre” o las “fuentes de los fondos empleados para adquirir, poseer o controlar algún bien”.¹⁸⁰ La información obtenida a partir de la solicitud o de la orden puede presentarse posteriormente para solicitar una “orden de riqueza inexplicable” contra esa persona.

2.2.5 Requisito de establecer una “sospecha fundada” o “supuesto justificado”

¿Necesita el Estado establecer una “sospecha fundada” sobre la existencia de una actividad delictiva o sobre la procedencia de la riqueza?

Como se abordó en la primera parte, algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito –clasificadas en este libro como “leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas”– poseen un elemento adicional que las diferencia de las leyes sobre enriquecimiento ilícito ordinarias, a saber, que exigen que el Estado presente pruebas ante un tribunal de una “sospecha fundada” o “conjetura justificada” de que ha ocurrido algún tipo de actividad delictiva o que la riqueza en cuestión se ha derivado de un delito. Se trata de un umbral mucho más fácil de cumplir que el de las leyes tradicionales de decomiso sin condena –que, en cambio, exigen que se establezca la comisión de una actividad delictiva según un estándar de prueba civil– y, por consiguiente, estas leyes deben seguir considerándose leyes sobre enriquecimiento ilícito, aunque bajo una clasificación propia.

177 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 75(4).

178 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 75(3).

179 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) de 2015 (República de Mauricio), Sección 5(1).

180 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) de 2015 (República de Mauricio), Sección 5(2), 13.

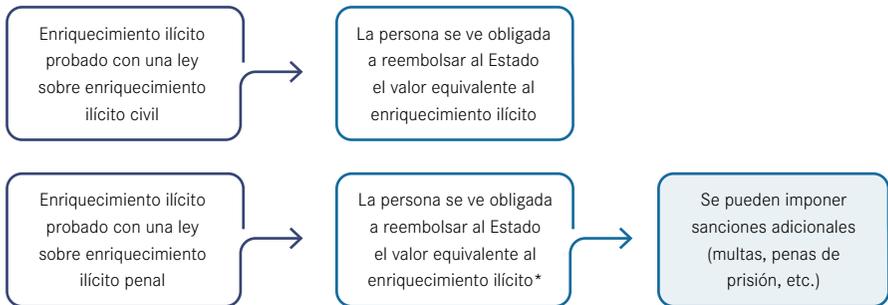
No obstante, esta calificación incorpora un umbral probatorio adicional a la ley que no existe en otras leyes sobre enriquecimiento ilícito.

Aunque este elemento de “sospecha fundada” es bastante común en las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles en todo el mundo, también puede encontrarse en las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales. Por ejemplo, en 2018, Singapur adoptó la Sección 47AA de la Ley sobre Corrupción, Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (Decomiso de Beneficios) (*Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act*)¹⁸¹ en un esfuerzo por perseguir a los “contrabandistas de dinero” de los grupos criminales.¹⁸² En virtud de esta disposición, toda persona que “posea o utilice bienes de los que pueda sospecharse dentro de lo razonable que representan... directa o indirectamente, beneficios del tráfico de drogas o beneficios de una conducta delictiva” será culpable de un delito si no puede explicar cómo adquirió los bienes.

2.2.6 Sanciones

¿Qué medidas legales se imponen si se prueba el enriquecimiento ilícito?

Como ocurre con cualquier ley, las sanciones establecidas en las leyes sobre enriquecimiento ilícito difieren considerablemente de una jurisdicción a otra. Naturalmente, existe una distinción obvia entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles, en las que las sanciones son netamente monetarias, y las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales, que pueden establecer otras sanciones penales como la pena de prisión y multas adicionales.



*esto a veces puede ser en forma de una multa

181 [Traducción no oficial] Ley sobre Corrupción, Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (Decomiso de Beneficios) (*Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act*) de 1992 (Singapur), Sección 47AA (incorporada por la Ley sobre Lucha contra el Terrorismo y Delitos Graves (Enmiendas Varias) (*Serious Crimes and Counter-Terrorism (Miscellaneous Amendments) Act*) de 2018 (Singapur)).

182 Singapur, Debates Parlamentarios (segunda lectura del Proyecto de Ley sobre Lucha contra el Terrorismo y Delitos Graves (Enmiendas Varias) (*Serious Crimes and Counter-Terrorism (Miscellaneous Amendments) Bill*) de 2018), Parlamento de Singapur, 19 de noviembre de 2018 (Josephine Teo, ministro de trabajo y segundo ministro del interior).

2.2.6.1 Sanciones previstas en las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles

Si se prueba el acto en virtud de una ley sobre enriquecimiento ilícito civil, el demandado será condenado a pagar una deuda civil al Estado por el valor del enriquecimiento ilícito probado.

Por ejemplo, en Australia Occidental, si durante el procedimiento judicial el Estado prueba que “el valor total de la riqueza del demandado es superior al valor de la riqueza legalmente adquirida”, el tribunal emitirá una “declaración de riqueza inexplicable” en virtud de la cual “el demandado debe abonar al Estado un monto equivalente a la suma especificada en la declaración como valor estimado de su riqueza de procedencia inexplicable”.¹⁸³

Del mismo modo, en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada de las Bahamas, si “el tribunal resuelve, con base en un balance de probabilidades, que la persona en cuestión no obtuvo legalmente alguna parte de su riqueza”, este puede emitir una “orden de riqueza inexplicable *perentoria*” en virtud de la cual “la persona en cuestión está obligada a abonar a la Corona un monto equivalente a la suma que el tribunal resuelva que no forma parte de sus bienes adquiridos legalmente”.¹⁸⁴

2.2.6.2 Sanciones impuestas de conformidad con leyes sobre enriquecimiento ilícito penales

Si se prueba que una persona se ha enriquecido ilícitamente según lo dispuesto en una ley sobre enriquecimiento ilícito penal, puede estar sujeta a sanciones más graves, entre ellas, posibles penas de prisión y/o multas.

Penas de prisión

Todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales mencionadas en este libro –salvo la de Chile– establecen la posibilidad de imponer una pena de prisión como posible sanción para la persona que se haya enriquecido ilícitamente.

Sin embargo, en muchas de estas leyes la pena de prisión no es una condena de carácter obligatorio, sino una pena adicional a la multa o en reemplazo de esta. Por ejemplo, en Uganda, si se demuestra que una persona se ha enriquecido ilícitamente, esta “...podrá ser condenada a una pena de prisión igual o menor a diez años o a una multa que no exceda los doscientos cuarenta puntos monetarios, o a ambas”.¹⁸⁵

Las posibles penas de prisión varían considerablemente de una jurisdicción a otra. Por ejemplo, una persona culpable de un delito de enriquecimiento ilícito en México¹⁸⁶ puede enfrentarse a solo

183 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Secciones 10-14.

184 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 78.

185 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

186 Código Penal Federal (México), Artículo 224.

tres meses de prisión, mientras que en Yibuti¹⁸⁷ o Moldavia,¹⁸⁸ la pena de prisión puede ser hasta de quince años, o incluso hasta de veinte años en Malasia.¹⁸⁹

Multas

La mayoría de las jurisdicciones que cuentan con una ley sobre enriquecimiento ilícito penal también establecen una posible multa que puede imponerse a una persona condenada en lugar de una pena de prisión, o como complemento a esta última. Por ejemplo, una persona condenada en Sierra Leona¹⁹⁰ debe pagar una multa de mínimo SLL 30 000 000, mientras que una persona condenada en Tanzania¹⁹¹ puede llegar a pagar una multa de hasta TZS 10 000 000. Además, una persona que se haya beneficiado de una “ganancia ilegal” en Egipto debe “pagar una multa equivalente al valor de la ganancia ilegal”, además del reembolso de la propia ganancia.¹⁹²

Sanciones administrativas

Varias jurisdicciones también imponen sanciones adicionales a los funcionarios públicos que son declarados culpables conforme a leyes sobre enriquecimiento ilícito penales, y a menudo inhabilitan al funcionario público condenado de modo que no pueda ocupar un cargo público, ya sea indefinidamente o por un período determinado. Por ejemplo, un funcionario público condenado en Mongolia¹⁹³ puede verse privado del derecho a ser nombrado a un cargo público durante dos años. Por otra parte, en Antigua y Barbuda,¹⁹⁴ un funcionario público condenado será inhabilitado para ejercer un cargo durante máximo siete años, e incluso puede perder cualquier derecho derivado de los esquemas de pensión existentes. Del mismo modo, en El Salvador,¹⁹⁵ un funcionario puede ser inhabilitado para ejercer un cargo público hasta diez años. Dicha sanción fue impuesta recientemente al expresidente Elías Antonio Saca.¹⁹⁶

Sanciones para las empresas implicadas en actos de enriquecimiento ilícito

Como se ha señalado anteriormente, las leyes sobre enriquecimiento ilícito de algunos países también pueden aplicarse específicamente a “personas jurídicas” y, en consecuencia, también se les pueden imponer sanciones penales. Por ejemplo, puede que una empresa malgache se vea en

187 [Traducción no oficial] Ley N.º 111/AN/11/6.ª L relativa a la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves (25 de mayo de 2011) (Yibuti), Artículo 11.

188 [Traducción no oficial] Código Penal de 2002 (enmendado por la Ley Penal 326 desde el 23 de diciembre de 2013) (Moldavia), Artículo 330/2.

189 [Traducción no oficial] Ley de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission Act*) de 2009 (Malasia), Sección 36.

190 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2008 (Sierra Leona), Artículo 27.

191 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

192 [Traducción no oficial] Ley N.º 62 de 1975, relativa a las ganancias ilegales (Egipto), Artículo 18.

193 [Traducción no oficial] Código Penal (Mongolia), Artículo 22.10.

194 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) (Ley N.º 21 de 2004) (Antigua y Barbuda), Artículo 8.

195 Código Penal de la República de El Salvador, 26 de abril de 1997 (29 de enero de 2020), Artículo 333.

196 N. Rentería, ‘Salvadoran court orders ex-president to return \$4.4 million in stolen funds’, Reuters, 6 de enero de 2021, <https://www.reuters.com/article/us-el-salvador-corruption-idUSKBN29B05W>, consultado el 10 de marzo de 2021.

la obligación de cesar sus operaciones comerciales durante un período de hasta veinte años si se descubre que ha recibido voluntariamente riqueza procedente de alguien que se ha enriquecido ilícitamente.¹⁹⁷

Graduación de penas de prisión y multas: aplicación de penas más severas en determinadas circunstancias

En algunos países, la ley sobre enriquecimiento ilícito establece una graduación de las penas que pueden imponerse en función del monto equivalente al acto de enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, en Malí, si se descubre que el monto equivalente al acto de enriquecimiento ilícito es igual o inferior a MLF 50 000 000, se puede imponer una pena de uno a tres años de prisión y una multa equivalente al valor del enriquecimiento; no obstante, si se descubre que la cifra es superior a ese monto, la pena será de tres a cinco años de prisión y la multa será equivalente al doble del valor del enriquecimiento.¹⁹⁸ Del mismo modo, en Honduras, si el enriquecimiento de un funcionario público equivale a más de HNL 500 000 puede enfrentarse a una pena de cuatro a seis años de prisión, una multa de hasta tres veces el valor del enriquecimiento y la suspensión del ejercicio de la función pública por un período que duplique el de la pena de prisión. En cambio, si el enriquecimiento ilícito de un funcionario público equivale a más de HNL 1 000 000 se enfrentará a una pena de hasta ocho años de prisión, una multa de hasta cuatro veces el valor del enriquecimiento y la inhabilitación total para ejercer un cargo público.¹⁹⁹

Además, ciertas leyes pueden imponer diferentes sanciones a una persona condenada por enriquecimiento ilícito dependiendo de si es o no un funcionario público, por ejemplo, en Cuba,²⁰⁰ se pueden imponer penas de tres a ocho años a los funcionarios públicos mientras que las penas impuestas a los particulares oscilan entre dos y cinco años. Por otra parte, el grado de la pena impuesta puede depender de la antigüedad del funcionario público imputado. Por ejemplo, en Perú,²⁰¹ un funcionario público condenado puede enfrentarse a una pena de prisión de cinco a diez años, pero si este ocupa ciertos cargos de alta gerencia puede enfrentarse a penas de entre diez y quince años.

Por último, una persona acusada en Malí²⁰² puede reducir su pena a una condena de ejecución condicional si reembolsa al Estado la totalidad de la riqueza de procedencia ilícita; mientras que un acusado en Níger²⁰³ puede anular por completo cualquier posible pena si reembolsa

197 [Traducción no oficial] Código Penal malgache (enmendado por la Ley N.º 2016-020 de 22 de agosto de 2016 relativa a la lucha contra la corrupción), Artículo 183.1.

198 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Malí), Artículo 37.

199 Código Penal (Decreto N.º 130-2017)(Honduras), Artículo 484.

200 Ley N.º 62, Código Penal de la República de Cuba, de 29 de diciembre de 1987, Artículo 150.

201 Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401.

202 [Traducción no oficial] Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, (Malí), Artículo 37.

203 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 10.

voluntariamente al Estado la totalidad del enriquecimiento ilícito antes de que se dicte el fallo.

Recuperación de la riqueza de procedencia ilícita en el marco de un procedimiento penal en materia de enriquecimiento ilícito

Además de las penas de prisión, las multas o las sanciones administrativas, una persona condenada de conformidad con una ley sobre enriquecimiento ilícito penal también deberá reembolsar la cantidad de riqueza que se considere que proviene de fuentes ilícitas. Los mecanismos a través de los cuales se dictan estas órdenes de compensación varían de una jurisdicción a otra. Algunas leyes traslapan la obligación de devolver el valor de la riqueza ilícita con la obligación de pagar una multa, en la que se contempla el valor de dicha riqueza. Sin embargo, las leyes de otras jurisdicciones imponen la obligación de devolver el valor de la riqueza ilícita independientemente de las multas adicionales que puedan imponerse. Por ejemplo, las multas por condenas en virtud de las leyes de Tanzania²⁰⁴ y Sierra Leona²⁰⁵ pueden imponerse junto con otras medidas que exigen que la persona condenada también devuelva el valor de la cantidad probada de enriquecimiento ilícito.

204 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

205 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2008 (Sierra Leona), Artículo 27.

2.3 Medidas precautorias incluidas en algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito

Dado que las leyes sobre enriquecimiento ilícito no exigen que el Estado pruebe la existencia de una actividad delictiva y, por el contrario, suelen permitir la presunción de una actividad delictiva, a menudo se argumenta que pueden infringir potencialmente los principios de derecho establecidos o que el Estado puede abusar de este recurso.

Para hacer frente a estas preocupaciones, se han redactado varias leyes sobre enriquecimiento ilícito que incluyen ciertas medidas precautorias para minimizar la posibilidad de que su aplicación sea arbitraria:

- La ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Australia –a nivel federal– y las dos leyes sobre enriquecimiento civiles cualificadas de las jurisdicciones estatales de Nueva Gales del Sur y Queensland incluyen una disposición adicional que permite a un tribunal a negarse a dictar una orden de riqueza inexplicable si considera que no es de “interés público”. Si bien dicho término no se define en estas leyes, no se ha puesto a prueba y, por lo general, es un concepto amplio en el derecho anglosajón, la inclusión de esta medida precautoria debe permitir, en teoría, que un tribunal recurra a esta facultad si la aplicación de estas leyes sobre enriquecimiento ilícito supone, en determinadas circunstancias, una grave violación de la justicia.²⁰⁶
- Con el fin de llevar a cabo revisiones legislativas, la ley australiana a nivel federal también incluye una sección sobre “control”. Dicha sección faculta a un órgano parlamentario, el *Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*, a compilar información de las agencias de orden público en relación con su aplicación de los mecanismos previstos en la ley, centrados en la riqueza de procedencia

206 Es importante señalar que no es sencillo determinar si algo es de interés público o no, ya que la definición de dicho concepto es amplia. Como lo establece C. Wheeler en *“The Public Interest: We Know It’s Important, but Do We Know What it Means”*, Foro del Instituto Australiano de Derecho Administrativo (AIAL), N.º 48, 2006, el Tribunal Federal australiano ha reconocido que el concepto es difícil de definir (haciendo referencia al caso *Right to Life Association (NSW) Inc. c. el secretario del Departamento de Salud y Servicios Humanos [1995]*, 128 ALR 238): “El interés público es un concepto con un significado amplio y no es fácil delimitarlo. Las opiniones han diferido, difieren y sin duda siempre lo harán en cuanto a lo que es o no de interés público...”. En última instancia, la determinación de lo que es exactamente de interés público variará en función de los diversos intereses que deban equilibrarse según las circunstancias específicas de cada caso (haciendo referencia al caso *McKinnon c. el secretario del Departamento del Tesoro [2005]*, FCA FC142): “El interés público no es un concepto homogéneo e indivisible. Por lo general, será multifacético, y el responsable de la toma de decisiones tendrá que considerar y evaluar la importancia relativa de estas facetas antes de llegar a una conclusión determinante sobre dónde reside el interés público. Esta evaluación definitiva del interés público implicará la determinación de cuáles son sus facetas relevantes implicadas y la importancia comparativa que debe darse a las mismas para poder determinar y abordar el “interés público”. En algunas circunstancias, existirán una o más causas cuya importancia hará que prevalezcan sobre todas las demás. En otros casos, las causas estarán más equilibradas, por lo que el resultado no es tan predecible. Por ejemplo, en algunos contextos, intereses como la salud pública, la seguridad nacional, la lucha contra el terrorismo, la defensa o las obligaciones internacionales pueden tener una importancia primordial en comparación con otras causas. Por lo tanto, hasta que este concepto no se ponga a prueba en el contexto de las leyes pertinentes sobre riqueza inexplicable de Australia, no es clara la manera en la que un tribunal evaluará cuándo es apropiado recurrir a la medida precautoria del “interés público” con la que cuentan estas leyes.

inexplicable.²⁰⁷ Dicho órgano parlamentario puede iniciar investigaciones preliminares formales sobre el uso general de la ley, en virtud de las cuales puede recibir informes de parte de las agencias de orden público, de otros organismos gubernamentales y de grupos de interés especiales, y puede formular recomendaciones sobre las enmiendas legislativas necesarias.²⁰⁸

- La ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de la jurisdicción de Australia Meridional incluye una disposición para abordar situaciones en las que “dentro de lo razonable, no le sea posible a la persona objeto de la ley establecer la legalidad de una parte de su riqueza –debido al paso del tiempo, las circunstancias en las que adquirió esa parte de su riqueza o cualquier otro motivo–”.²⁰⁹ Al evaluar si la persona se ha enriquecido ilícitamente, el tribunal puede excluir dicha parte de la riqueza, siempre y cuando la persona en cuestión actúe “de buena fe”.
- Para contrarrestar las inquietudes respecto a la eventual autoincriminación, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de las Bahamas incluye una disposición explícita que especifica que toda información que se revele en las declaraciones durante el proceso de enriquecimiento ilícito no puede presentarse en un procedimiento penal separado contra la misma persona –salvo en un procedimiento que esté directamente relacionado con la falsedad de la declaración–.²¹⁰
- Antes de solicitar una orden de riqueza inexplicable en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de la República de Mauricio, el director de la *Integrity Reporting Services Agency* –la agencia de control encargada de solicitar dichas órdenes– debe justificar la acción legal ante una junta independiente para su revisión y aprobación. Esta junta está conformada por un presidente, quien debe ser un juez jubilado, y otros dos miembros, quienes deben ser nombrados por el presidente de la República de Mauricio con el asesoramiento del primer ministro.²¹¹
- La ley sobre enriquecimiento ilícito de Filipinas dispone de medidas precautorias específicas contra el abuso de la ley con fines políticos al incluir una disposición que prohíbe que se presente una denuncia contra funcionarios públicos durante el año siguiente a unas elecciones generales y los tres meses posteriores a unas elecciones extraordinarias. También prohíbe que se dicten sentencias en los seis

207 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Australia: Jurisdicción Federal), Sección 179U.

208 Véase a modo de ejemplo *Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements* del *Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*, del 19 de marzo de 2012.

209 [Traducción no oficial] Ley sobre Crimen Organizado y Delitos Graves (Riqueza Inexplicable) (*Serious and Organised Crime (Unexplained Wealth) Act*) de 2009 (Australia: Australia Meridional), Sección 9(11).

210 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 75(3).

211 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) (República de Mauricio), Secciones 5, 7 y 8.

meses siguientes a unas elecciones generales y en los tres meses siguientes a unas elecciones extraordinarias.²¹²

212 [Traducción no oficial] Ley de la República N.º 1379, una ley que emite una orden a favor del Estado mediante la cual se decomisa cualquier bien que se haya demostrado que fue adquirido de forma ilícita por un funcionario público y que estipula los procesos legales correspondientes (18 de junio de 1955) (Filipinas), Secciones 2 y 6.

2.4 Instrumentos legislativos generales incluidos en las leyes sobre enriquecimiento ilícito

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito pocas veces son instrumentos legislativos independientes. Por el contrario, una ley sobre enriquecimiento ilícito en una jurisdicción concreta suele estar compuesta por una o más disposiciones contenidas en un instrumento legislativo más general. La legislación general dependerá a menudo de si la ley sobre enriquecimiento ilícito es de carácter civil o penal, así como de si las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito se implementaron para perseguir las ganancias derivadas de una categoría específica de delito, como la corrupción, o si hay otra finalidad.

Si la ley sobre enriquecimiento ilícito de un país en particular es de carácter civil, lo más probable es que las disposiciones pertinentes estén incluidas en el estatuto general de la jurisdicción que establece los mecanismos de recuperación de las ganancias derivadas de un delito. Por ejemplo, las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de Australia Occidental se incluyen en su Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*), mientras que en las Bahamas dichas disposiciones se encuentran en su Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*).²¹³ Desde luego hay excepciones, ya que las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de Kenia y Zanzíbar (Tanzania) se establecen en los principales estatutos anticorrupción de cada jurisdicción, a saber, la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) y la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de Zanzíbar, respectivamente.

Si la ley sobre enriquecimiento ilícito de un país en particular es de carácter penal, lo más probable es que las disposiciones pertinentes estén incluidas en el código penal de la jurisdicción o en el estatuto principal sobre anticorrupción. Por ejemplo, en Sudamérica, los delitos de enriquecimiento ilícito de Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Surinam se describen en el código penal de las respectivas jurisdicciones, mientras que en Bolivia, Guyana y Venezuela se encuentran en estatutos centrados en la anticorrupción.

Sin embargo, hay algunas jurisdicciones que han promulgado instrumentos legislativos centrados principalmente en el enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito de Malí es la Ley N.º 2014-015, de 27 de mayo de 2014, relativa a la prevención y sanción del enriquecimiento ilícito, que consiste en un estatuto que penaliza el enriquecimiento ilícito y también aborda las obligaciones de declaración de bienes.

213 [Traducciones no oficiales] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental); Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas).

2.5 Modelos legislativos comunes relativos a las leyes sobre enriquecimiento ilícito

A partir de las explicaciones de los elementos esenciales mencionados anteriormente, es bastante fácil deducir que no existe un modelo arquetípico único para redactar una ley sobre enriquecimiento ilícito, y cada jurisdicción ha utilizado un formato ligeramente diferente al redactar su propio instrumento legislativo. No obstante, se han empleado una serie de planteamientos generales en todo el mundo, aunque, por supuesto, con ligeras modificaciones. A continuación, se exponen los modelos más comunes.

2.5.1 Modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito penales

2.5.1.1 Disposición general relativa al enriquecimiento ilícito

En muchos países, la redacción del delito de enriquecimiento ilícito en el ámbito penal combina todas las acciones aplicables que podrían considerarse como enriquecimiento ilícito en una disposición principal. Este enfoque es más frecuente en países con sistemas de derecho continental que en los de derecho anglosajón.

Un ejemplo de este es la Ordenanza N.º 92-024, de 18 de junio de 1992, relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito de Níger:²¹⁴

[Traducción no oficial] El delito de enriquecimiento ilícito se consuma cuando se establece que una persona posee unos activos y/o lleva un estilo de vida que no es acorde a sus ingresos legítimos.

214 [Traducción no oficial] Ordenanza N.º 92-024 de 18 de junio de 1992 relativa a la sanción por actos de enriquecimiento ilícito (Níger), Artículo 1 (Fragmento original: 'Le délit d'enrichissement illicite est constitué lorsqu'il est établi qu'une personne possède un patrimoine et / ou mène un train de vie que ses revenus licites ne lui permettent pas de justifier.').

Otro ejemplo es el Código Penal²¹⁵ de Santo Tomé y Príncipe, que dice lo siguiente:

[Traducción no oficial] El funcionario que, durante el ejercicio de sus funciones públicas o durante los tres años siguientes al cese de las mismas, adquiera unos activos o mantenga un estilo de vida que claramente sea desproporcional a sus ingresos y que no proceda de ningún otro medio lícito, y suponga el riesgo de que dichos activos o estilo de vida pueda proceder de ventajas obtenidas mediante la comisión de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas, será castigado con una pena de prisión de un máximo de cinco años.

Como se evidencia en los dos textos anteriores, todas las acciones, o todos los tipos de riqueza que pueden considerarse para determinar la existencia de un enriquecimiento ilícito, se incluyen en una sola disposición. En concreto, la disposición de Níger abarca tanto la posesión injustificada de bienes como llevar un estilo de vida injustificable, mientras que la disposición de Santo Tomé y Príncipe abarca tanto la adquisición desproporcionada de activos como el disfrute de un “estilo de vida” desproporcionado.

Por lo general, las jurisdicciones de Sudamérica y Centroamérica, así como de África Occidental recurren a este enfoque, que refleja de cierto modo la redacción de los artículos sobre enriquecimiento ilícito contenidos en los tratados internacionales.

2.5.1.2 Disposiciones divididas para abordar diferentes formas de enriquecimiento

Otras leyes sobre enriquecimiento ilícito penales dividen el delito en dos o más disposiciones que abarcan diferentes tipos de enriquecimiento, en función de los tipos de riqueza que una persona ha adquirido o disfrutado. Este modelo es común sobre todo en los países de derecho anglosajón.

Un ejemplo es la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de Hong Kong:²¹⁶

215 [Traducción no oficial] Código Penal, aprobado por la Ley 6 de 2012 (Santo Tomé y Príncipe), Artículo 455(1) (Fragmento original: ‘O funcionário que, durante o período do exercício de funções públicas ou nos três anos seguintes à cessação dessas funções, adquirir um património ou um modo de vida que seja manifestamente desproporcionais ao seu rendimento e que não resultem de outro meio de aquisição lícito, com perigo de aquele património ou modo de vida provir de vantagens obtidas pela prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é punível com pena de prisão até 5 anos.’).

216 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

10. Posesión de bienes de procedencia inexplicable

(1) Toda persona, que sea o haya sido Director General o un funcionario designado y:

- (a) lleve un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a su remuneración actual o pasada; o
- (b) tenga el control de bienes o recursos pecuniarios que no sean proporcionales a su remuneración actual o pasada,

será culpable de un delito, salvo que presente una declaración satisfactoria ante un tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios.

La redacción empleada en la ley anterior se ha emulado casi al pie de la letra en una variedad de países, por ejemplo, en la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de Brunéi Darussalam:²¹⁷

12. Posesión de bienes de procedencia inexplicable

(1) Toda persona, que sea o haya sido un funcionario público y:

- (a) lleve un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a su remuneración actual o pasada; o
- (b) tenga el control de bienes o recursos pecuniarios que no sean proporcionales a su remuneración actual o pasada,

será culpable de un delito, salvo que presente una declaración satisfactoria ante un tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios; de lo contrario, deberá pagar una multa de BND 30 000 y se enfrentará a una pena de prisión de 7 años.

217 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1982 (Brunéi Darussalam), Sección 12.

Y en la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de Antigua y Barbuda:²¹⁸

7. Posesión de bienes de procedencia inexplicable

(1) Una persona, que sea o haya sido un funcionario público y:

(a) lleve un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a su remuneración actual o pasada; o

(b) tenga el control de bienes o recursos pecuniarios que no sean proporcionales a su remuneración actual o pasada,

será culpable de cometer un delito, salvo que presente una declaración satisfactoria ante el tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios.

También se encuentra una redacción exactamente igual o similar en las leyes de Bután,²¹⁹ Botsuana,²²⁰ Esuatini,²²¹ Etiopía,²²² Fiji,²²³ Lesoto,²²⁴ Malawi,²²⁵ las Islas Marshall,²²⁶ Seychelles,²²⁷ Sierra Leona,²²⁸ Tanzania²²⁹ y Uganda.²³⁰

Como se observa en los ejemplos expuestos, estas leyes sobre enriquecimiento ilícito cuentan con varias disposiciones diferentes en función del tipo de riqueza que ha sido adquirida o disfrutada.

218 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) (Ley N.º 21 de 2004) (Antigua y Barbuda), Artículo 7.

219 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2011 (Bután), Sección 60.

220 [Traducción no oficial] Ley de Corrupción y Delitos Económicos (*Corruption and Economic Crime Act*) de 1994 (Botsuana), Sección 34.

221 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 2006 (Esuatini), Sección 34.

222 [Traducción no oficial] Código Penal de la República Democrática Federal de Etiopía, Proclamación N.º 414/2004, Artículo 419.

223 [Traducción no oficial] Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) (Fiji).

224 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos (*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*) de 1999 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción y de Delitos Económicos [*Prevention of Corruption and Economic Offences Act*] de 2006) (Lesoto), Sección 31.

225 [Traducción no oficial] Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) de 1995 (enmendada en 2004) (Malawi), Sección 32.

226 [Traducción no oficial] Código Penal de 2011 (Islas Marshall), Sección 240.8.

227 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2016 (Seychelles), Sección 25.

228 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de 2008 (Sierra Leona), Sección 27.

229 [Traducción no oficial] Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción (*Prevention and Combating of Corruption Act*) de 2007 (Tanzania), Sección 27.

230 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

Nota del autor: ventaja del modelo de disposición general sobre el modelo de disposiciones divididas

Si bien, a primera vista, el modelo de disposiciones divididas parece tener un enfoque más específico al establecer disposiciones separadas para situaciones particulares, su aplicación ha dado lugar a cierta incertidumbre. Esto se debe a que las interpretaciones judiciales a menudo se traslapan en lo que respecta a los activos que deben enmarcarse en cada una de las disposiciones. Por ejemplo, los gastos incurridos en activos tradicionales que contribuyen a mejorar el nivel de vida de una persona, como la compra de una vivienda grande, a menudo pueden considerarse en ambas subsecciones del modelo dividido.

Además, hay cierta confusión en cuanto a si una persona que posee activos tradicionales desproporcionales y, a su vez, mantiene un nivel de vida incommensurable debe ser acusada de conformidad con una o todas las disposiciones que se especifican en la ley sobre enriquecimiento ilícito.

Por ejemplo, estas ambigüedades se plantearon en la jurisdicción de Hong Kong, donde los tribunales han reconocido que la línea divisoria entre una acción legal de enriquecimiento ilícito basada en la adquisición de bienes y una basada en el disfrute de un nivel de vida es sumamente “fina”, ya que los bienes adquiridos por la persona acusada pueden formar a su vez parte de su nivel de vida.²³¹

En consecuencia, podría argumentarse que el modelo de disposición general, en virtud del cual todos los tipos de riqueza se consideran bajo un solo delito, es una concepción legislativa más sencilla y clara, ya que no crea ninguna confusión en cuanto a qué tipo de riqueza debe considerarse en cada disposición. Por el contrario, toda la riqueza que la persona acusada haya adquirido o disfrutado se evalúa en una sola disposición para determinar si ha adquirido o disfrutado una cantidad de activos que no es proporcional a sus ingresos legítimos, ya sea mediante la adquisición de bienes o el disfrute de un determinado estilo de vida, o ambos.

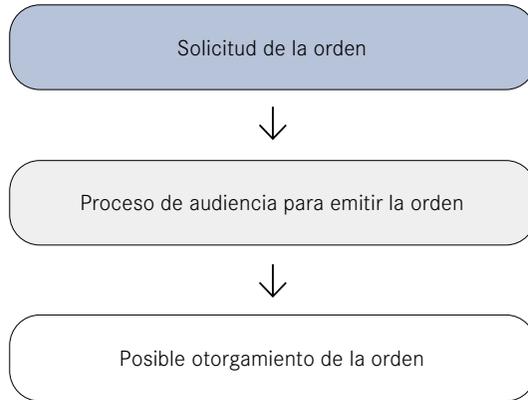
2.5.2 Modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles

La mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles están estructuradas de manera similar, en el sentido de que establecen un procedimiento de solicitud y audiencia para dictar una orden basada en las ganancias derivadas de un delito –a menudo llamada orden de riqueza inexplicable u otro término similar– que, si se otorga, exigirá al demandado que reembolse al Estado el monto equivalente al enriquecimiento ilícito probado.

El principal factor distintivo entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles es el número de trámites procesales que deben seguirse antes de que pueda dictarse una orden de compensación por el monto del enriquecimiento ilícito.

231 I. McWalters SC y otros, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, tercera edición, Hong Kong, LexisNexis, 2015, pp. 386-387.

Por ejemplo, la ley de Australia Occidental presenta un planteamiento muy sencillo, según el cual el Estado puede solicitar directamente una “declaración de riqueza inexplicable” al presentar la citación para la iniciación de un proceso –y una declaración jurada adjunta–.²³² Esta solicitud dará lugar a una audiencia para decidir si se debe emitir una declaración de riqueza inexplicable contra una persona y, de ser así, la persona en cuestión se verá en la obligación de reembolsar al Estado el monto equivalente a la riqueza de procedencia inexplicable. Se observan casos similares en otras jurisdicciones australianas, como la del Territorio del Norte²³³ y Tasmania.²³⁴



Sin embargo, otras jurisdicciones incorporan un trámite procesal adicional. En lugar de solicitar directamente una orden, el Estado primero debe presentar una solicitud para que se dicte una orden preliminar que citará a la persona ante el tribunal con el fin de determinar si debe dictarse una orden. Cabe notar que, al solicitar una orden preliminar, los solicitantes de estas jurisdicciones también pueden pedir al tribunal que obligue al demandado a proporcionar información sobre sus bienes y fuentes de ingresos. Por ejemplo, durante la solicitud de una “orden de riqueza inexplicable *provisoria*” en las Bahamas, el solicitante –el Estado– puede “solicitar por vía escrita al Tribunal una orden que exija a la persona en cuestión que declare y responda a las preguntas que se le formulen en relación con sus activos”.²³⁵ Del mismo modo, en Trinidad y Tobago, antes de solicitar una orden de riqueza inexplicable en virtud de la ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada, el Estado puede solicitar una orden preliminar en la que “se exige al demandado que declare y responda a las preguntas que se le formulen en relación con sus activos”.²³⁶

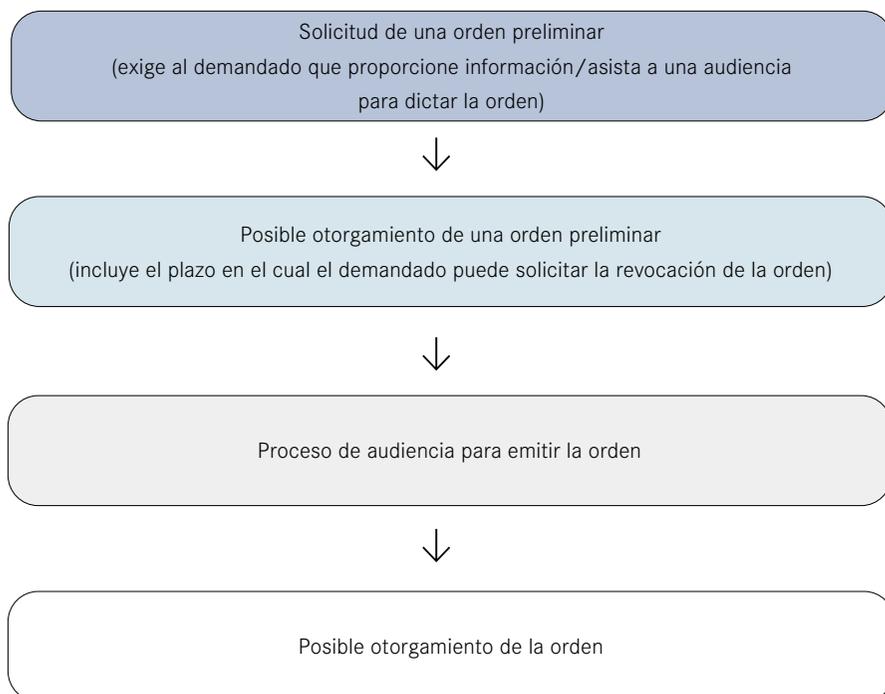
232 [Traducciones no oficiales] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Secciones 11 y 12; Normas Procesales de la Corte Suprema de 1971 (Australia: Australia Occidental), Orden 81FA, Secciones 3 y 4.

233 [Traducción no oficial] Ley sobre Decomiso de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Forfeiture Act*) de 2002 (Australia: Territorio del Norte), Sección 67.

234 [Traducción no oficial] Ley sobre Delitos (Confiscación de Ganancias) (*Crime (Confiscation of Profits) Act*) de 1993 (Australia: Territorio del Norte), Sección 141.

235 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 75.

236 [Traducción no oficial] Ley sobre Activos de Procedencia Inexplicable, Gestión y Recuperación de Activos de Orden Civil (*Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act*) de 2019 (Trinidad y Tobago), Sección 58.



Es de observarse que la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de la República de Mauricio, la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*)²³⁷, adopta por su parte un enfoque diferente e incorpora aún más trámites procesales que debe seguir la agencia facultada para presentar solicitudes de órdenes de riqueza inexplicable; a saber, la *Integrity Reporting Services Agency*. Antes de iniciar un procedimiento judicial, esta agencia debe solicitar la aprobación de la *Integrity Reporting Board*, que es independiente e imparcial. En la quinta parte se realiza una descripción y un análisis más detallado de esta ley.

237 [Traducción no oficial] Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*) de 2015 (República de Mauricio).

2.6 Leyes que comparten similitudes sustanciales con las leyes sobre enriquecimiento ilícito

Hay una serie de leyes que no encajan del todo en las clasificaciones de leyes sobre enriquecimiento ilícito presentadas en este libro, pero que deben destacarse por el hecho de que comparten una serie de similitudes.

2.6.1 La Orden de Riqueza Inexplicable del Reino Unido

En 2017, el Reino Unido implementó un régimen de Orden de Riqueza Inexplicable (UWO) en su Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*).²³⁸ Existe cierta confusión sobre la clasificación del régimen de UWO del Reino Unido, y muchas publicaciones y artículos de medios de comunicación a menudo categorizan la UWO del Reino Unido como el mismo mecanismo de recuperación que las órdenes de riqueza inexplicable de otras jurisdicciones.

Sin embargo, a diferencia de otras leyes centradas en la “riqueza inexplicable” abordadas en este libro, la UWO del Reino Unido no es un mecanismo que por sí solo permita la recuperación de activos. Por el contrario, es solo un mecanismo de investigación que se puede emplear para adquirir evidencia que luego se puede presentar en el marco de un procedimiento civil de recuperación aparte que busca establecer si ciertos bienes fueron adquiridos ilegalmente y si el Estado los puede recuperar. Este procedimiento aparte es un régimen de decomiso sin condena, en virtud del cual el Estado debe demostrar, según un estándar de prueba civil, que lo más probable es que los bienes en cuestión se hayan “derivado de una conducta ilícita”.²³⁹ En este procedimiento posterior, el tribunal puede presumir que no se han obtenido determinados bienes de forma lícita. Sin embargo, esta presunción se basa en el hecho de que el acusado no presenta información en respuesta a la UWO inicial, mas no en una desproporción entre los activos y los ingresos legítimos.

En el momento de su promulgación, la UWO del Reino Unido fue un mecanismo legislativo nuevo y único. Sin embargo, en los últimos años se ha reproducido en gran medida en las jurisdicciones de Barbados²⁴⁰ y Zimbabue.²⁴¹ Bajo el epígrafe “Leyes sobre orden de riqueza inexplicable de carácter investigativo” del Anexo 1 figuran extractos de estas leyes.

El mecanismo de la UWO del Reino Unido se aplica de la siguiente manera:

238 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Reino Unido), Secciones 362A-362T.

239 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Reino Unido), Secciones 266 y 304.

240 [Traducción no oficial] Ley sobre Ganancias e Instrumentos del Delito (*Proceeds and Instrumentalities of Crime Act*) de 2019-17 (Barbados).

241 [Traducción no oficial] Ley N.º 4 sobre Ganancias Derivadas de un Delito y Lavado de Activos (*Money Laundering and Proceeds of Crime Act*) de 2013 (modificada por la Enmienda a la Ley sobre Ganancias Derivadas de un Delito y Lavado de Activos [*Money Laundering and Proceeds of Crime Act*] de 2019) (Zimbabue).

PASO

1

La autoridad competente solicita una UWO

Una autoridad competente solicita al tribunal la emisión de una UWO contra una persona.

La solicitud de la UWO debe precisar:

- los bienes que serían objeto de la orden; y
- quién es la persona que la autoridad competente considera dueño de los bienes (el demandado).

PASO

2

El tribunal decide si emite o no una UWO

Con el fin de que la solicitud de la UWO sea aprobada, el tribunal debe resolver que:

- el demandado posee los bienes descritos en la solicitud;
- el valor de los bienes asciende a GBP 50 000;
- hay motivos razonables para sospechar que las fuentes legítimas conocidas de los ingresos del demandado no son lo suficientemente proporcionales a los recursos que se requieren para adquirir los bienes en cuestión; y
- el demandado es una persona políticamente expuesta; o
- hay motivos razonables para sospechar que el demandado estuvo involucrado en un delito grave o está vinculado con una persona que cometió un delito de esta magnitud.

PASO

3

El tribunal emite una UWO

En caso de aceptarse la solicitud, el tribunal emite una UWO, y el demandado debe realizar una declaración a modo de respuesta de la orden, en la cual como mínimo:

- establezca la naturaleza y el alcance de su interés en los bienes objeto de la orden; y
- explique cómo adquirió los bienes –en especial, cómo cubrió los costos de su adquisición–.

PASO

4

El demandado opta por declarar o no, y se da inicio a un posible procedimiento civil para que la autoridad competente emita una orden de recuperación

Si el demandado **no acata** la UWO, o **no trata de acatarla**²⁴²...

Si el demandado **acata** la UWO, o **trata de acatarla** y presenta una declaración en la que incluye la información solicitada...



...la autoridad competente puede iniciar un procedimiento civil independiente para emitir una "orden de recuperación", y el hecho de que el demandado no haya acatado ni tratado de acatar la orden de riqueza inexplicable inicial dará lugar, en dicho procedimiento adicional, a la presunción de que los bienes en cuestión no se derivan de fuentes legales –presunción que puede refutar el demandado–.



...la autoridad competente debe decidir en un plazo de 60 días si da inicio o no a un procedimiento civil independiente para emitir una "orden de recuperación" en el que posiblemente se puedan presentar las pruebas derivadas de la declaración del demandado, en un intento por establecer que la probabilidad de que los bienes en cuestión no se derivan de fuentes ilícitas es alta.

Dado que, al momento de redactar el presente documento, aún no se han presentado pruebas obtenidas en virtud de una UWO del Reino Unido en un procedimiento civil independiente para dictar una orden de recuperación, no queda clara la carga que se le otorgará a la hora de determinar si los bienes en cuestión se obtuvieron de forma ilícita o no. Ya que en un procedimiento para dictar una orden de recuperación el tribunal debe resolver, según el balance de probabilidades, que la propiedad en cuestión está relacionada con una conducta ilícita, no está claro cuántas pruebas adicionales tendrá que presentar el Estado más allá de las que se adquieren a través de una respuesta a una orden de riqueza inexplicable.

242 Actualmente la interpretación de un "supuesto" cumplimiento no queda clara, ya que legislación no define este término. Una acotación indica que "[e]n su contexto, y teniendo en cuenta el propósito del régimen de la UWO, el supuesto cumplimiento parece significar una respuesta que, a primera vista, parece cumplir con la UWO, pero en realidad no lo hace, o puede que no lo haga. El hecho de que el demandado sea consciente de la falsedad de la respuesta parece ser irrelevante, de modo que una respuesta deliberadamente falsa se puede entender como un supuesto cumplimiento de una UWO siempre y cuando, a primera vista, esta parezca cumplir con la orden". (A Mitchell et. al, "*Mitchell, Taylor and Talbot on Confiscation and Proceeds of Crime*", Vol. 2, Thomson Reuters, 2019 en [XIII 162]).

2.6.2 Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1996 de Irlanda

La Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*)²⁴³ de Irlanda contiene un mecanismo de recuperación de activos ampliamente elogiado, el cual es muy similar a las leyes sobre enriquecimiento ilícito. La ley, que está basada en el modelo civil, establece que se pueden decomisar ciertos bienes si “el tribunal resuelve” que una persona “posee o controla” bienes que “constituyen, directa o indirectamente, ganancias derivadas de un delito” o “fueron adquiridos, total o parcialmente, usando bienes que, directa o indirectamente, constituyen ganancias derivadas de un delito”.²⁴⁴ Para determinar esto, el tribunal puede basarse en los “supuestos” presentados por un funcionario de orden público.²⁴⁵ Además, la ley también incluye un mecanismo de reversión de la responsabilidad, similar al de otras leyes sobre enriquecimiento ilícito, en el sentido de que un tribunal puede dictar una orden si el demandado no es capaz de demostrar “que los bienes en cuestión no constituyen, directa ni indirectamente, ganancias derivadas de un delito”.²⁴⁶ Por último, la ley también contiene una disposición por la cual un tribunal puede dictar una orden para que el demandado presente una declaración jurada en la que señale los bienes que controla y sus fuentes de ingresos.²⁴⁷

Esta ley es un instrumento único y difícil de clasificar. De hecho, publicaciones anteriores han clasificado la ley de Irlanda como una “orden de riqueza inexplicable”.²⁴⁸ Sin embargo, dado que debe probarse categóricamente que los bienes en cuestión constituyen, según el balance de probabilidades, “ganancias derivadas de un delito”, en este libro no se cataloga como una ley sobre enriquecimiento ilícito civil. Esta catalogación se ve reforzada por el hecho de que, en la práctica, los tribunales irlandeses no se basan únicamente en “supuestos” para determinar si los bienes son ganancias derivadas de un delito, a menos que estén corroborados por otras pruebas.²⁴⁹ En cualquier caso, la ley contiene muchas características similares a otras leyes que se consideran “leyes sobre enriquecimiento ilícito” en este libro, y la clasificación precisa de esta ley será sin duda objeto de futuros debates. En la quinta parte se proporciona una explicación y un análisis más detallados de esta ley.

Además, Irlanda cuenta con otra disposición similar a una ley sobre enriquecimiento ilícito en la Sección 16 de la Ley de Justicia Penal (Delitos de Corrupción) (*Criminal Justice (Corruption*

243 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1996 (Irlanda).

244 *Ibid.*, Sección 3.

245 *Ibid.*, Secciones 3, 8.

246 *Ibid.*, Sección 3. Cabe resaltar que, en la práctica, la inversión de la carga de la prueba solo surge luego de presentar un caso *prima facie* contra el demandado (F. McK c. GWD [2004] 2 I.R. 470).

247 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1996 (Irlanda), Sección 9.

248 Véase, por ejemplo: Booz Allen Hamilton, *Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders*, 2012.

249 Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (*Criminal Assets Bureau*) [1997] IEHC 106.

Offences) Act).²⁵⁰ En virtud de esta disposición, puede establecerse una “presunción de enriquecimiento ilícito” en relación con la fuente de los bienes que posee un funcionario público si, durante una acción legal por un delito de corrupción distinto –por ejemplo, cohecho activo o pasivo–, se descubre que este posee bienes que no ha incluido en su “declaración de bienes registrables”.²⁵¹ En tal caso, se presumirá que los bienes en cuestión “proceden o se derivan, directa o indirectamente, de una donación, una contraprestación o una ventaja recibida como incentivo o recompensa, o de cualquier otro modo, que se le ofrezca al funcionario irlandés a modo de retribución por hacer un acto relacionado con su cargo, empleo, posición o negocio, salvo que se demuestre lo contrario”.²⁵² Sin embargo, como la aplicación de esta ley requiere la existencia de una acción legal por un delito de corrupción distinto, tampoco se ha clasificado como una ley sobre enriquecimiento ilícito en este libro.

2.6.3 Ley sobre el Embargo Preventivo y la Restitución de Activos Ilícitos en Poder de Personas Extranjeras Políticamente Expuestas (*Loi sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger*) de Suiza

La Ley Federal de Suiza, de 18 de diciembre de 2015, relativa al embargo preventivo y la restitución de activos procedentes de fuentes ilícitas en poder de personas extranjeras políticamente expuestas es otro ejemplo de una ley que no encaja del todo en la clasificación de una ley sobre enriquecimiento ilícito, pero presenta algunas similitudes.

La ley permite al Consejo Federal suizo congelar los activos que posean personas extranjeras políticamente expuestas –y sus allegados– en Suiza a la espera de un procedimiento de confiscación en determinadas condiciones; a saber, cuando:

- a. los activos han sido objeto de una orden de incautación provisional en el marco de la asistencia jurídica mutua internacional en materia penal iniciada a petición del país de origen;
- b. el país de origen no está en condiciones de cumplir los requisitos de la asistencia jurídica mutua debido al colapso total o sustancial de su sistema judicial o al deterioro del mismo –fallo de las estructuras del Estado–; y
- c. las medidas precautorias de los intereses de Suiza requieren el embargo preventivo

250 [Traducción no oficial] Ley de Justicia Penal (Delitos de Corrupción) (*Criminal Justice (Corruption Offences) Act*) de 2018 (Irlanda).

251 *Ibid.*, Sección 16(1)(a); algunos de los delitos por los que las acciones legales pueden dar lugar a la presunción son “cohecho activo y pasivo”, “tráfico de influencias activo y pasivo”, “corrupción relacionada con el cargo, el empleo, la posición o el negocio” y la “entrega de regalos, contraprestaciones o ventajas que puedan utilizarse para fomentar la comisión de un delito previsto en esta ley”, que se incluyen en las secciones 5 a la 8 del mismo instrumento legislativo.

252 [Traducción no oficial] Ley de Justicia Penal (Delitos de Corrupción) (*Criminal Justice (Corruption Offences) Act*) de 2018 (Irlanda), Sección 16(1)(b).

de los activos.²⁵³

Tras la congelación de activos, el Tribunal Administrativo Federal puede decomisar dichos activos congelados si se descubre que su “origen es ilícito”.²⁵⁴ Resulta interesante que, puede presumirse el origen ilícito de los activos, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. la riqueza de la persona que puede disponer de los activos o es la beneficiaria efectiva de los mismos aumentó desmesuradamente y, facilitada por el ejercicio de una función pública por parte de una persona extranjera políticamente expuesta; y
- b. el nivel de corrupción en el país de origen o en el entorno de la persona extranjera políticamente expuesta era notoriamente alto durante su mandato.²⁵⁵

Además, la ley especifica que un “aumento” de la riqueza de la persona “se considerará desmesurado cuando exista una desproporción significativa, que no coincida con la realidad ni las circunstancias imperantes en el país, entre los ingresos legítimamente obtenidos por la persona que puede disponer de los activos y el crecimiento de su riqueza”.²⁵⁶

Por último, si se establece una presunción, la persona en cuestión puede invertirla probando “con una eficacia contundente que los activos en cuestión fueron adquiridos legalmente”.²⁵⁷

Como se observa en las disposiciones anteriores, el instrumento suizo comparte algunas similitudes notorias con las leyes sobre enriquecimiento ilícito. A saber, no exige que el Estado establezca un vínculo entre los activos y un delito concreto, sino que permite al tribunal presumir que determinados activos en poder de una persona en Suiza han sido adquiridos a través de fuentes ilícitas si se puede probar que la riqueza general de la persona aumentó de forma desproporcionada en relación con sus ingresos legítimos.

No obstante, la legislación suiza también difiere en cierta medida de las leyes sobre enriquecimiento ilícito en el sentido de que exige una serie de condiciones fundamentales para que los activos puedan considerarse “ilícitos”. En concreto, el Estado debe probar que el nivel de corrupción en el país de origen de la persona en cuestión era notoriamente alto durante el tiempo que dicha persona ocupaba el cargo. Además, antes de que se puedan decomisar los activos, un órgano político, el Consejo Federal Suizo, debe emitir una orden de embargo preventivo de los activos, lo cual solo es posible si el país de origen no puede cumplir los requisitos de la asistencia jurídica mutua debido al colapso total o sustancial de su sistema judicial o al deterioro del mismo.

253 [Traducción no oficial] Ley Federal sobre el Embargo Preventivo y la Restitución de Activos Ilícitos en Poder de Personas Extranjeras Políticamente Expuestas (*Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger*) de 18 de diciembre de 2015 (Suiza), Artículo 4.

254 *Ibid.*, Artículo 14.

255 *Ibid.*, Artículo 15(1).

256 *Ibid.*, Artículo 15(2).

257 *Ibid.*, Artículo 15(3).

2.6.4 Código Penal de Francia (Artículo 321-6)

Según el Artículo 321-6 del Código Penal de Francia, una persona comete un delito en caso de que:

- mantenga un vínculo con una o varias personas que cometan delitos –punibles con al menos cinco años de prisión–; y
- no pueda justificar ni los recursos correspondientes a su nivel de vida ni los bienes que posea.²⁵⁸

Ante estos hechos, se puede decir que este Artículo es muy similar a las leyes sobre enriquecimiento ilícito, en el sentido de que un fiscal no tiene que probar que la riqueza en cuestión se derivó de un delito independiente, ni que la persona acusada cometió un acto delictivo. Además, se pueden imponer sanciones si la persona es incapaz de justificar el origen de su riqueza o si la cantidad de activos no es coherente con sus fuentes legales de ingresos.

Sin embargo, a pesar de estas similitudes, la ley puede diferenciarse de las leyes sobre enriquecimiento ilícito a razón de que un fiscal debe ser capaz de demostrar que otra persona cometió un delito y que la persona acusada en virtud del Artículo 321-6 mantiene un vínculo con dicha persona condenada. Por consiguiente, la presunción sobre el origen ilícito en virtud de este Artículo no se realiza únicamente sobre la base de que la persona acusada no pueda justificar las fuentes de su riqueza, sino sobre la base de que la persona acusada mantiene una vinculación a una persona que ha sido condenada por un delito. No obstante, los métodos empleados para establecer los delitos de enriquecimiento ilícito también serán pertinentes para las investigaciones y los enjuiciamientos relativos a este Artículo.

2.6.5 Leyes similares relacionadas con las obligaciones de declaración de bienes

En algunas jurisdicciones, a veces aparecen instrumentos de enriquecimiento ilícito en el contexto de obligaciones de declaración de bienes. Por ejemplo, según el código penal de Macedonia del Norte, si un funcionario público proporciona datos falsos o incompletos durante los procedimientos de declaración obligatoria, y se puede demostrar que el funcionario público posee bienes que son significativamente desproporcionados a sus ingresos legales, se considerará que ha cometido un delito y se procederá con el decomiso de los bienes en cuestión.²⁵⁹ Del mismo modo, en Gabón, aunque no se ha tipificado un delito de enriquecimiento ilícito en sí, el hecho de que un funcionario

258 [Traducción no oficial] Código Penal (Francia), Artículo 321-6 (Fragmento original: 'Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect.').

259 [Traducción no oficial] Código Penal (y sus enmiendas hasta 2018) (Macedonia del Norte), Artículo 359-a.

público no cumpla con los procedimientos de declaración de bienes puede dar lugar al decomiso de los mismos.²⁶⁰ Aunque estas leyes no se han clasificado específicamente como leyes sobre enriquecimiento ilícito en este libro, también podrían aplicarse técnicas de investigación similares a estas leyes para determinar la credibilidad de la información proporcionada en las declaraciones de bienes realizadas por funcionarios públicos.

2.6.6 Similitudes entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y la legislación tributaria

Varios comentaristas también han señalado las similitudes entre la legislación sobre enriquecimiento ilícito y la legislación tributaria, en concreto, la investigación y el enjuiciamiento de delitos de evasión fiscal en determinados países.²⁶¹ Un ejemplo interesante es el de Estados Unidos –EE. UU.–, que ha formulado repetidamente reticencias a las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito en los tratados internacionales, pero que durante décadas ha permitido el enjuiciamiento de casos de riqueza desproporcionada en virtud de las leyes de evasión fiscal.²⁶² Por ejemplo, en el caso *Holland contra Estados Unidos*,²⁶³ los fiscales lograron condenar a las personas acusadas por evasión fiscal en virtud del código de rentas internas de Estados Unidos al probar que el valor de su riqueza había aumentado de forma desproporcionada con respecto a sus ingresos declarados durante un período de tres años. Sin embargo, a diferencia de las leyes sobre enriquecimiento ilícito, en estos casos también debe establecerse un elemento de “intencionalidad”, que debe “probarse mediante indicios autónomos” y “no puede deducirse de una simple subestimación de los ingresos”.²⁶⁴

260 [Traducción no oficial] Ley N.º 002/2003, de 7 de mayo de 2003, por la cual se crea un régimen de prevención y sanción del enriquecimiento ilícito en la República Gabonesa.

261 Por ejemplo, este documento señala que existen modelos legislativos similares a las leyes sobre enriquecimiento ilícito en República Checa, Grecia e Irlanda: Comisión Europea, *Commission Staff Working Document – Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, Comisión Europea, Bruselas, 2019; las similitudes de aplicación entre la legislación tributaria estadounidense y la legislación sobre enriquecimiento ilícito también se señalan en R. Messick, “Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law”, The Global Anti Corruption Blog, 24 de abril de 2019, <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, consultado el 21 de marzo de 2021; mientras que la relación entre los regímenes tributarios y los instrumentos relacionados con la riqueza inexplicable también se analiza en R. Julien, *Unexplained wealth orders (UWOs) under the UK’s Criminal Finances Act 2017: The role of tax laws and tax authorities in its successful implementation*, WU International Taxation Research Paper Series N.º 2019-02, 2019.

262 R. Messick, “Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law”, The Global Anti Corruption Blog, 24 de abril de 2019, <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, consultado el 21 de marzo de 2021.

263 *Holland c. Estados Unidos*, 348 U.S. 121 (1954), citado en R. Messick, “Will the United States Please Admit It has an Illicit Enrichment Law”, The Global Anti Corruption Blog, 24 de abril de 2019, <https://globalanticorruptionblog.com/2019/04/24/will-the-u-s-please-admit-it-has-an-illicit-enrichment-law/>, consultado el 21 de marzo de 2021.

264 *Holland c. Estados Unidos*, 348 U.S. 121 (1954) en [15].

Una breve comparación entre las leyes sobre enriquecimiento ilícito y otras leyes similares

<p>Leyes sobre enriquecimiento ilícito penales/ civiles</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Facultan a un tribunal para imponer una sanción penal o civil si resuelve que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito –por ejemplo, que una persona ha disfrutado de una cantidad de activos que no se puede justificar si se compara con los ingresos legítimos–. • No es necesario presentar pruebas de una actividad delictiva subyacente o independiente antes de imponer la sanción.
<p>Leyes sobre enriquecimiento ilícito penales/civiles cualificadas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Facultan a un tribunal para imponer una sanción penal o civil si resuelve que se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito. • No es necesario presentar pruebas de una actividad delictiva subyacente o independiente antes de imponer la sanción, pero el Estado debe establecer una sospecha fundada o un supuesto justificado de que ha ocurrido algún tipo de actividad delictiva subyacente o independiente.
<p>Leyes sobre orden de riqueza inexplicable de carácter investigativo –por ejemplo, las órdenes de riqueza inexplicable del Reino Unido, Barbados y Zimbabue–</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Solo facultan a un tribunal para obligar a una persona a proporcionar información al tribunal sobre las fuentes de ingresos empleadas para adquirir determinada riqueza. • No es necesario establecer una actividad delictiva subyacente o independiente antes de dictar la orden si se trata de una persona políticamente expuesta –Reino Unido/Barbados–. • Después de que se dicte una orden de riqueza inexplicable, debe llevarse a cabo una acción legal de “recuperación civil” separada antes de que se puedan decomisar los activos, y se puede emplear la información obtenida a través de la orden de riqueza inexplicable en este procedimiento.

<p>Mecanismo de recuperación de la Ley del Producto del Delito (<i>Proceeds of Crime Act</i>) de 1996 de Irlanda</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se pueden decomisar los bienes si “el tribunal resuelve” que una persona “posee o controla” bienes que “constituyen, directa o indirectamente, ganancias derivadas de un delito” o “fueron adquiridos, total o parcialmente, usando bienes que, directa o indirectamente, constituyen ganancias derivadas de un delito”. • Faculta a un tribunal para ordenar a una persona que presente una declaración jurada en la que especifique los bienes que posee y los ingresos que ha recibido. • El tribunal puede aceptar como prueba el “supuesto” de un funcionario de orden público, aunque en la práctica es necesario corroborarlo.
<p>Ley sobre el Embargo Preventivo y la Restitución de Activos Ilícitos en Poder de Personas Extranjeras Políticamente Expuestas (<i>Loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger</i>) de 18 de diciembre de 2015 de Suiza</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Inicialmente el Consejo Federal –el Poder Ejecutivo del sistema gubernamental suizo– congela los activos, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones –entre ellas, que el país de origen de los activos correspondientes no pueda cumplir los requisitos tradicionales de asistencia jurídica mutua [AJM]–. • Luego, los tribunales decomisarán los activos si se resuelve que son de “origen ilícito”; se presume el carácter “ilícito” de los activos cuando la riqueza de la persona en cuestión ha aumentado “desmesuradamente” y si el nivel de corrupción en el país de origen o en el entorno de la persona en cuestión era “notoriamente alto”.
<p>Código Penal de Francia (Artículo 321-6)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se pueden imponer sanciones si una persona no puede justificar el origen de su riqueza, o si la cantidad de activos no se puede justificar si se compara con las fuentes legales de sus ingresos y si el Estado puede probar que la persona mantiene un vínculo con otra persona que ha sido condenada por un delito.

Leyes de decomiso aplicables en casos de contravenciones a leyes sobre declaración de bienes

- Pueden permitir el decomiso de activos que no pueden justificarse si se comparan con los ingresos legítimos.
- Su aplicabilidad depende de si se establece primero que una persona ha infringido las leyes sobre declaración de bienes.

Tercera parte

Establecer que
se ha cometido
un acto de
enriquecimiento
ilícito

Resumen

Los elementos específicos que deben establecerse en las leyes sobre enriquecimiento ilícito no son universales. Como se abordó en la parte anterior, las leyes sobre enriquecimiento ilícito varían considerablemente en cuanto a su estructura y redacción y, por consiguiente, los elementos establecidos en la ley suelen diferir de una jurisdicción a otra. Por ejemplo, mientras que una ley sobre enriquecimiento ilícito puede exigir al Estado que establezca si el “estilo de vida” de un “funcionario público” no es “justificable”, otra puede exigir al Estado que pruebe que “una persona” ha “adquirido bienes” que son “inconmensurables” si se compara con sus ingresos legítimos.

Además, debido a los distintos planteamientos de los mecanismos de reversión de la responsabilidad, también puede haber diferencias en lo que respecta a la parte que está en la obligación de cumplir un determinado elemento. Por ejemplo, en una jurisdicción puede que la responsabilidad de establecer los ingresos legítimos totales de una persona recaiga en el Estado, mientras que en otra sea deber del demandado o de la persona acusada –para efectos de simplicidad en este libro, “demandado” o “imputado” hará referencia a la persona acusada–.

Teniendo en cuenta dichas diferencias, esta parte no pretende elaborar una lista exhaustiva ni aplicable a nivel general de los elementos que deben probarse para que un tribunal imponga una sanción por enriquecimiento ilícito. Eso es algo imposible. Por el contrario, se centrará en establecer:

- Los dos elementos comunes que, de algún modo, están presentes en todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito que exigen la presentación de pruebas para determinar la riqueza total de una persona y los ingresos legítimos totales durante el período relevante.
- La carga de la prueba en relación con los dos elementos comunes, y las diferentes aplicaciones de los mecanismos de reversión de la responsabilidad presentes en los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito.
- La sencilla metodología que utilizarán los tribunales para analizar la existencia de una desproporción entre la riqueza de una persona y sus ingresos.

- Lo que puede incluir una “declaración satisfactoria”.
- La clase de pruebas que pueden aportarse para determinar la riqueza total de la que se ha beneficiado alguien y los ingresos legítimos totales que ha recibido.
- Otros elementos específicos que suelen incluirse en determinadas leyes sobre enriquecimiento ilícito, como los umbrales de valor, la intención y la necesidad de probar que alguien es un funcionario público.

3.1 ¿Quién debe probar qué? Los dos elementos comunes que deben abordarse en los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito

Como se ha expuesto en las secciones anteriores, en este libro se define una ley sobre enriquecimiento ilícito como aquella que impone una sanción judicial en caso de que una persona se haya enriquecido ilícitamente o, más concretamente, haya **disfrutado de una cantidad de activos** cuyo monto **no se justifica en comparación con los ingresos legítimos**.

De acuerdo con esta definición, es posible deducir que todas las leyes penales y civiles categorizadas como “leyes sobre enriquecimiento ilícito” en este libro tienen, como mínimo, dos elementos comunes que deben abordarse en los procedimientos judiciales para determinar si alguien se ha enriquecido ilícitamente y puede ser sancionado por la ley, a saber:

<p>El elemento probatorio relativo a la riqueza</p>	<p>Una persona ha disfrutado de una cantidad de activos</p>
<p>El elemento probatorio relativo a ingresos injustificados</p>	<p>El origen lícito de la cantidad de activos, de conformidad con el elemento probatorio relativo a la riqueza, no se justifica si se compara con los ingresos legítimos de la persona</p>

3.1.1 ¿Cómo se expresa el elemento probatorio relativo a la riqueza en las leyes sobre enriquecimiento ilícito?

De los dos elementos probatorios, el de la riqueza es el más sencillo de determinar. Se refiere a un requisito general presente en todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito por el cual el Estado debe establecer si la persona en cuestión disfrutó –o “adquirió”, “controló” o “se benefició”– de una determinada cantidad de “activos” durante el período de enriquecimiento ilícito que se alega.

Como se ha mencionado anteriormente, este elemento se expresa de múltiples maneras en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, dependiendo de la forma en que el país en cuestión califica o se refiere a la “riqueza” y las maneras de disfrutarla. Por ejemplo, las leyes sobre enriquecimiento

ilícito penales de Nicaragua²⁶⁵ y Afganistán²⁶⁶ plantean este elemento como un requisito por el cual el Estado debe establecer si hubo un “aumento” de los “activos”. Tanto la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong²⁶⁷ como las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles y penales de Fiyi²⁶⁸ plantean este elemento como la necesidad de demostrar que una persona ha “mantenido” un “nivel de vida” o “tiene el control de bienes o recursos pecuniarios”. La ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Australia Occidental²⁶⁹ describe este elemento como un requisito por el cual se debe probar el “valor total de la riqueza del demandado”, que incluye “la suma de los valores de todos los bienes, servicios, ventajas y beneficios que, en conjunto, constituyen la riqueza de la persona”.

3.1.2 ¿Cómo se plantea el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados en las leyes sobre enriquecimiento ilícito?

La forma en que se plantea el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados en una ley sobre enriquecimiento ilícito dependerá en gran medida de la parte o las partes en las que recaiga la carga de la prueba relativa a este elemento. En principio, este elemento exige que un tribunal resuelva que el valor de la riqueza establecido no es justificable si se compara con los ingresos legítimos de la persona, ya sea porque:

- A. el **Estado** ha demostrado que la riqueza total del demandado, establecida según el elemento probatorio de la riqueza, es desproporcionado frente a sus ingresos “oficiales” o “conocidos”, y el **demandado** no ha justificado o no puede justificar esta desproporción –a pesar de que la ley le exija hacerlo–;
- B. el **Estado** ha probado que los ingresos totales del demandado posiblemente no puedan justificar su riqueza total establecida en el elemento probatorio relativo a la riqueza; o
- C. el **demandado** no ha ofrecido una justificación de la riqueza establecida en el elemento probatorio relativo a la riqueza, o su explicación no ha sido adecuada si se compara con sus ingresos legítimos –a pesar de que la ley le exija hacerlo–.

265 Código Penal, Ley N.º 641, aprobado el 13 de noviembre de 2007 (Nicaragua), Artículo 448 (Fragmento original: ‘La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargo o empleo público.’).

266 [Traducción no oficial] Código Penal (Afganistán), Artículo 419(1).

267 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

268 [Traducciones no oficiales] Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) (Fiyi), Sección 10; Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1997 (modificada por la Enmienda N.º 7 a la Ley del Producto del Delito [*Proceeds of Crime Act*] de 2005 y por la Enmienda al Decreto N.º 61 de 2012 relativo a ganancias derivadas de un delito) (Fiyi), Sección 71F.

269 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Secciones 12 y 144.

Como puede apreciarse en las opciones anteriores, las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden atribuir la carga de abordar el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados parcialmente al Estado y al demandado (ejemplo A), íntegramente en el Estado (ejemplo B) o íntegramente en el demandado (ejemplo C).

De acuerdo con esto, la redacción concreta del elemento probatorio relativo a ingresos injustificados en la legislación sobre enriquecimiento ilícito adoptará uno de los tres modelos comunes, dependiendo de la parte en la que recaiga la carga de la prueba de dicho elemento:

Modelo A: El Estado debe establecer que la riqueza según el elemento probatorio es desproporcional a –o “mayor que”, “inconmensurable con respecto a”, “excede” o “no pudo haberse adquirido con”– los ingresos legítimos del demandado –por ejemplo, sus ingresos “oficiales” o “conocidos”– antes de que se pueda aplicar un mecanismo de reversión de la responsabilidad, el cual requiere que el demandado proporcione una “explicación” o “justificación” de dicha desproporción.

Modelo B: El Estado debe establecer que la riqueza según el elemento probatorio es “desproporcional a” –o “mayor que”, “inconmensurable con respecto a”, “excede” o “no pudo haberse adquirido con”– los ingresos legítimos del demandado, sin que recaiga explícitamente en dicha persona la carga de probar cualquier ingreso que justifique su riqueza –aunque tiene la opción de proporcionar una defensa si así lo decide–.

Modelo C: El demandado debe aportar pruebas de los ingresos legítimos que justifiquen la cantidad total de riqueza establecida por el Estado en el marco del elemento probatorio –con este modelo, la reversión explícita de la responsabilidad se activa una vez que el Estado demuestre el elemento probatorio relativo a la riqueza, pero se prescinde de la obligación del Estado de probar los ingresos ilícitos–. La redacción de la ley suele incluir una disposición explícita que establece que la carga de la prueba, en lo que refiere a los ingresos legítimos recae únicamente en el demandado.

Independientemente de que el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados se exprese en una ley sobre enriquecimiento ilícito concretamente según el modelo A, B o C, si un tribunal resuelve que **no se ha justificado adecuadamente** la riqueza total si se compara con los ingresos legítimos del demandado, tal y como establece el elemento probatorio de la riqueza, impondrá una sanción.

Cargas explícitas previstas en los tres modelos de “elemento probatorio relativo a ingresos injustificados”

	Carga de abordar el elemento probatorio relativo a la riqueza –y proporcionar evidencia de la riqueza de la persona procesada–	Carga de abordar el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados –y proporcionar pruebas de los ingresos legítimos de la persona procesada–
Modelo A	Estado	Estado y persona procesada
Modelo B	Estado	Estado
Modelo C	Estado	Persona procesada

3.2 Comparación de los elementos y la carga de la prueba en los tres modelos de leyes sobre enriquecimiento ilícito

3.2.1 Ejemplos de legislaciones que implementan el “Modelo A” –leyes que imponen cargas compartidas–

Este modelo de elementos probatorios es, con creces, el más común en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, y hay ejemplos tanto de leyes penales como civiles que han adoptado este planteamiento.

Las leyes que contienen este modelo de elementos probatorios incluirán, en primer lugar, el requisito de que el Estado determine que el demandado ha disfrutado de una determinada cantidad de activos –el elemento probatorio relativo a la riqueza–. Además, la ley también exigirá que el Estado aborde parcialmente el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados y pruebe una discrepancia –o una “desproporción” o “inconmensurabilidad”– entre los ingresos legítimos “oficiales” o “conocidos” de la persona en cuestión y el valor de la riqueza total que se ha establecido. El estándar probatorio dependerá de si la ley sobre enriquecimiento ilícito es de carácter penal o civil. Además, el grado en que el Estado deberá probar los ingresos del demandado durante el período correspondiente dependerá de la redacción de la propia ley. Por ejemplo, mientras que la ley de Hong Kong solo exige que el Estado pruebe el monto total de los “honorarios oficiales” que el demandado ha recibido durante el período correspondiente, la ley de la India exige que el Estado establezca las “fuentes de ingresos conocidos” de dicha persona.²⁷⁰ La primera categoría de ingresos suele referirse al salario y las prestaciones que una persona recibe por su empleo como funcionario público. Por el contrario, la segunda categoría de ingresos es más amplia y se refiere a las “fuentes [de ingresos] conocidas por la fiscalía tras una investigación exhaustiva del caso”.²⁷¹

Una vez que el Estado ha establecido el monto de los ingresos, y ha probado una discrepancia entre estos ingresos y el valor de la riqueza establecida en virtud del elemento probatorio relativo a la riqueza, se aplica un mecanismo de reversión de la responsabilidad que exigirá al demandado que refute el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados “explicando” o “justificando” satisfactoriamente la discrepancia presentando evidencia de los ingresos legítimos adicionales.

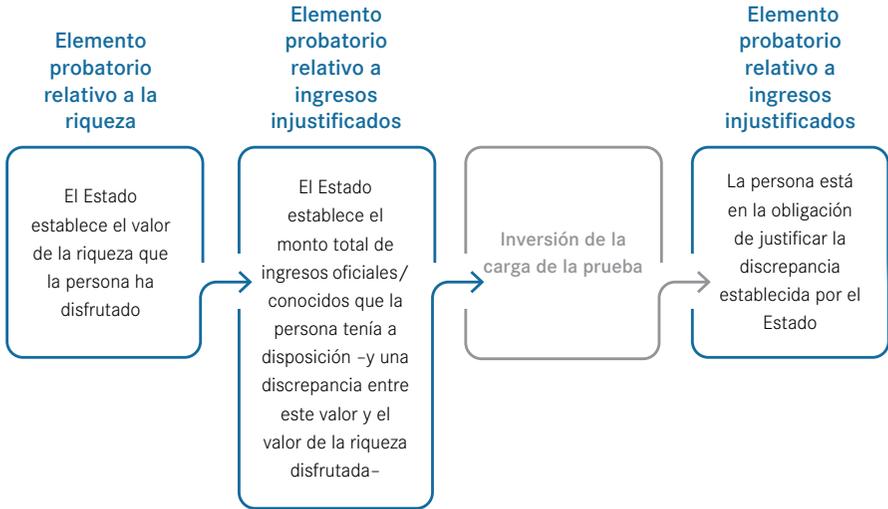
Esta carga adicional hace que este tipo de elementos probatorios relativos al enriquecimiento ilícito se distingan de los del modelo B, que no imponen al demandado, en ningún caso, la carga de proporcionar tal justificación, y los del modelo C, que impone toda la carga de abordar el elemento

270 [Traducciones no oficiales] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10; Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción [*Prevention of Corruption Act*] de 2018) (India), Sección 13.

271 N. Pasupathy c. El Estado 2018 (1) MLJ (CrI) 745 en [44] citando C.S.D. Swami c. El Estado, 1960 CrI.L.J. 131 en [6]; obsérvese que, si bien la fiscalía debe establecer los ingresos más allá del salario de la persona, no se requiere de ella que tenga constancia de todas “las circunstancias de la persona acusada”.

probatorio relativo a ingresos injustificados al demandado.

Modelo A: elemento probatorio relativo a la riqueza (Estado) y elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados (Estado/demandado)



Un ejemplo de una ley que contiene este tipo de elementos probatorios es la de Hong Kong:²⁷²

10 (1) Toda persona, que sea o haya sido Director General o un funcionario designado y:

(a) lleve un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a su remuneración actual o pasada; o

(b) tenga el control de bienes o recursos pecuniarios que no sean proporcionales a su remuneración actual o pasada,

será culpable de un delito, salvo que presente una declaración satisfactoria ante un tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios.

Como se evidencia en el texto, el elemento probatorio relativo a la riqueza se plantea explícitamente como un requisito de que el Estado determine que el demandado “mantiene un estilo de vida” o “controla o posee bienes o recursos pecuniarios” de un determinado valor.

272 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

Sin embargo, el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados no es tan evidente y se concreta de la siguiente manera:

- en primer lugar, el Estado debe probar que el “estilo de vida” o los “bienes o recursos pecuniarios” son “incomensurables” o “desproporcionales” con respecto a los “honorarios actuales o pasados” del demandado; y
- en segundo lugar, si el Estado lo logra, se invierte la responsabilidad y recae en el demandado, quien debe presentar “una declaración satisfactoria ante un tribunal con respecto a la manera en que pudo mantener ese estilo de vida o pudo poseer dichos bienes o recursos pecuniarios”.

La aplicación práctica de esta ley se analizó en el caso de *Ernest Percival Max Hunt contra la Reina*, en el que la Corte Suprema de Hong Kong evaluó una alegación en virtud de la Sección 10(1)(b) relativa al nivel de vida de un funcionario público. El tribunal sostuvo que, en primer lugar, el Estado debe “probar más allá de toda duda razonable que la persona acusada ha mantenido un nivel de vida que está por encima de sus honorarios presentes o pasados”.²⁷³ Luego, si la fiscalía lo logra, “la persona acusada tendrá que presentar una justificación”, que debe establecerse “según el balance de probabilidades”.²⁷⁴

En cuanto a lo que deben probar las partes para cumplir con estas cargas, el caso del *Fiscal General contra Hui Kin-hong*²⁷⁵ señaló que para que el Estado pueda demostrar que el nivel de vida de una persona está “por encima de” sus ingresos, debe probar “que el acusado no podía, dentro de lo razonable, costear su estilo de vida usando los honorarios que recibió durante ese período”.²⁷⁶ En cuanto a los criterios para que la declaración del demandado se considere satisfactoria, el caso de *Ernest Percival Max Hunt contra la Reina* señaló que la declaración debe indicar que la diferencia establecida entre el nivel de vida de una persona y sus honorarios proviene de fondos que no se relacionan con ganancias derivadas de un delito:

Por lo tanto, una “declaración satisfactoria”, para efectos de este caso, supone una explicación que pruebe, según un balance de probabilidades, que la diferencia entre el nivel de vida de la persona acusada durante el período imputado y el que habría sido proporcional a sus honorarios actuales o pasados se deriva, si el nivel de vida real ha sido el más alto de los dos estándares, de dinero cuya fuente principal no está vinculada a actos de corrupción.²⁷⁷

273 Ernest Percival Max Hunt c. la Reina [1974] HKCA 111.

274 Ibid.

275 Fiscal General c. Hui Kin-hong [1995] 1 HKCLR 227.

276 Ibid.

277 Ernest Percival Max Hunt c. la Reina [1974] HKCA 111.

El planteamiento de Hong Kong en la aplicación de su ley sobre enriquecimiento ilícito se ha reflejado en otras jurisdicciones con leyes similares. Por ejemplo, al aplicar la ley en la India,²⁷⁸ los tribunales han dictaminado sistemáticamente que la carga principal en los procedimientos recae primero en el fiscal, quien debe probar, más allá de toda duda razonable, que el funcionario público “posee bienes o recursos pecuniarios o bienes que no son proporcionales a sus fuentes de ingresos conocidas” y, una vez se demuestra esto, la carga recae en el demandado, quien debe justificar satisfactoriamente dicha desproporción según el balance de probabilidades.²⁷⁹

En Malawi, el Tribunal de Magistrados Residentes también ha reflejado esta interpretación. En el caso de la *República de Kenia contra Wesley Mzumara*,²⁸⁰ el tribunal sostuvo que, en los procedimientos de enriquecimiento ilícito, “el Estado tiene la obligación de establecer *prima facie* que el acusado controla o posee bienes y recursos pecuniarios en su nombre o bajo un alias para su aparente beneficio”, esto debe probarse “más allá de toda duda razonable”.²⁸¹ Es más, si el Estado logra esto, “el acusado tiene ahora la carga de probar ante este honorable tribunal, según el balance de probabilidades, que existe una declaración satisfactoria para cada uno de estos bienes y recursos pecuniarios y demostrar que son proporcionales a sus honorarios pasados o presentes y a otras fuentes de ingresos conocidas”.²⁸²

Las aplicaciones en esta línea también se han reflejado en los procedimientos penales en materia de enriquecimiento ilícito de Pakistán²⁸³ y Sierra Leona.²⁸⁴

La aplicación de este tipo de elementos en procedimientos civiles es similar, pero deben alcanzarse estándares probatorios diferentes. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de Kenia define la riqueza inexplicable como los activos “cuyo valor es desproporcionado a sus fuentes de ingresos conocidas... y para los que no existe una declaración satisfactoria” y faculta a los tribunales a imponer una sanción civil, a saber, una orden de decomiso basada en el valor,

278 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción [*Prevention of Corruption Act*] de 2018) (India), Sección 13; obsérvese que antes de la enmienda de 2018, la redacción de la disposición relativa al enriquecimiento ilícito era casi idéntica, y decía: “13(1) Se dice que un funcionario público comete el delito de conducta dolosa...(e) si él o cualquier persona en su nombre, posee o ha tenido, en cualquier momento durante el período de su cargo, bienes o recursos pecuniarios desproporcionados a sus fuentes conocidas de ingresos, y no puede justificarlos satisfactoriamente. Aclaración. Para efectos de esta sección, “fuentes de ingresos conocidas” se refiere a los ingresos derivados de cualquier recurso legítimo y dicho origen esté concebido en las disposiciones de leyes, reglamentos u órdenes aplicables en ese momento a un funcionario público”. Antes de la implementación de la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988, la ley sobre enriquecimiento ilícito estaba contenida en la Sección 5(1)(e) de la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1947 con la misma redacción que la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988 enmendada previamente.

279 Vasant Rao Guhe c. el estado de Madhya Pradesh (AIR 2017 SC 3713); véase también: N. Pasupathy c. el Estado 2018 (1) MLJ (CrI) 745; estado de Maharashtra contra Wasudeo Ramchandra Kaidalwar 1981 AIR 1186.

280 República de Kenia contra Wesley Mzumara (Caso Penal N.º 47 de 2010).

281 Ibid.

282 Ibid.

283 Khalid Aziz c. el Estado 2011 SCMR 136; Ghani-Ur-Rehman c. National Accountability Bureau y otros, PLD 2011 Corte Suprema 1144.

284 El Estado c. Solomon Katta, Idrissa Fornah, Elizabeth King, Momoh Turay, Emmanuel Sesay, Catherine Katta, Santigie Kargbo ante el honorable Magistrado M.A. Paul (3 de abril de 2014).

contra una persona en las siguientes circunstancias:²⁸⁵

55(5) Si después de que la Comisión haya aportado pruebas de que la persona dispone de activos de procedencia inexplicable, el tribunal resuelve, según el balance de probabilidades y considerando las pruebas aportadas hasta el momento, que la persona en cuestión posee activos de procedencia inexplicable, este puede ordenar a la persona, mediante declaración y otras pruebas que el tribunal considere necesarias, que demuestre que los activos fueron adquiridos de otra manera que no sea el resultado de una conducta corrupta.

Al aplicar la ley mencionada, el tribunal ha confirmado que, si el Estado persuade al tribunal de que una persona dispone de una riqueza inexplicable, “la carga de la prueba se invierte de modo tal que el tribunal puede ordenar al acusado que pruebe que adquirió los activos de otro modo que no fuera el resultado de una conducta corrupta”.²⁸⁶

3.2.2 Ejemplos de legislaciones que siguen el “Modelo B” –leyes que imponen al Estado la carga única de ambos elementos–

Estos tipos de leyes sobre enriquecimiento ilícito imponen toda la carga de la prueba en el Estado para establecer tanto la riqueza total que disfrutaba la persona –el elemento probatorio relativo a la riqueza– como el hecho de que el demandado no tuviese ingresos legítimos suficientes que justifiquen el disfrute de dicha cantidad de activos –el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados–. Según esta opción, no existe una obligación explícita para que la persona procesada proporcione prueba alguna, ni tampoco un mecanismo explícito de reversión de la responsabilidad como los presentes en las leyes del “Modelo A” y del “Modelo C”.

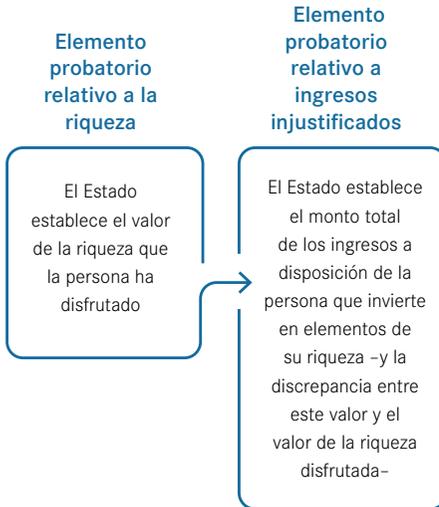
Las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales son las únicas que han implementado este modelo; al momento de redactar este libro no existen leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles con este

285 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Secciones 2 y 55(5); obsérvese también que la ley de Kenia es una ley sobre enriquecimiento ilícito cualificada y que, de conformidad con la Sección 2(b), también debe probarse que la riqueza inexplicable consiste en activos “adquiridos en el momento en que se sospechaba dentro de lo razonable que la persona había cometido un delito de corrupción o económico...”.

286 Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia c. Stanley Mombo Amuti [2017] eKLR en [95]. No obstante, mientras que la jurisprudencia establece que el Estado solo debe probar su caso según el balance de probabilidades, si una persona debe demostrar ante el tribunal que adquirió sus activos legalmente, la jurisprudencia keniana indica que la persona tendrá que hacerlo bajo un “umbral probatorio más alto que el del balance de probabilidades” (véase: Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR en [34]). En concreto, los tribunales han sostenido en repetidas ocasiones que “el estándar probatorio que persuade al tribunal debe ser aquel que deja al tribunal sin duda razonable”. (Véase: Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia c. Stanley Mombo Amuti [2017] eKLR en [95] citando la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR en [34], que posteriormente cita el caso de Col. Dr. Besigye Kiiza c. Museveni Yoweri Kaguta, Petición de Elecciones N.º 1 de 2001).

formato. En consecuencia, el umbral probatorio que debe alcanzarse en virtud de este tipo de leyes es el estándar probatorio penal –es decir, más allá de toda duda razonable–.

Modelo B: elemento probatorio relativo a la riqueza (Estado) y elemento probatorio relativo a ingresos injustificados (Estado)



Un ejemplo de este modelo es la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Lituania:²⁸⁷

189-1(1) Una persona que posea bienes por derecho de dominio cuyo valor supere los 500 puntos del nivel mínimo de vida (MSL), teniendo conocimiento o con obligación y probabilidad de tener conocimiento de que dichos bienes no han podido ser adquiridos con ingresos legítimos, será sancionada con una multa, arresto o pena de prisión de hasta cuatro años.

Como se evidencia en el texto anterior, esta ley manifiesta el elemento probatorio relativo a la riqueza como un requisito para que el Estado establezca que una persona “posee bienes por derecho de dominio cuyo valor supere los 500 puntos del MSL” y expresa el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados como un requisito según el que el Estado debe probar que esta riqueza establecida “no ha podido ser adquirida con ingresos legítimos”. –También hay otros elementos que figuran más arriba, incluido el umbral del valor y el requisito de probar la conducta dolosa del acusado. Estas cuestiones se tratarán más adelante en la sección 3.4.– En otras palabras, en virtud de esta ley, si el tribunal resuelve que la riqueza total del imputado –probada por el Estado– no se justifica adecuadamente si se compara con el total de los ingresos legítimos

287 [Traducción no oficial] Ley sobre la Aprobación y Entrada en Vigor del Código Penal (*Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*) de 26 de septiembre de 2000, N.º VIII-1968 (enmendada por la Ley N.º XIII-791 de 21 de noviembre de 2017) (Lituania), Artículo 189(1).

de dicha persona –también probados por el Estado–, se procederá con la imposición de una sanción –suponiendo que también se establezcan los demás elementos de la ley–.

El método de aplicación de esta ley fue desglosado minuciosamente por la Corte Constitucional de Lituania en el *caso n.º KT4-N3/2017*,²⁸⁸ que confirmó que, en virtud de esta disposición, ningún tipo de carga debe recaer en el imputado durante un procedimiento judicial. En este caso, el tribunal dictaminó que “el fiscal tiene la obligación de probar que el delito... se ha cometido, entre otras cosas, que los bienes que posee la persona por derecho de dominio y cuyo valor supera los 500 puntos del MSL no han podido ser adquiridos con ingresos legítimos”.²⁸⁹ También se precisó que la ley “no invierte la carga de la prueba a la persona sospechosa –acusada– de enriquecimiento ilícito” y que “la persona sospechosa/acusada no está en la obligación de aportar pruebas ni demostrar que el acto delictivo... no se ha cometido y que no es culpable de su comisión, si bien tiene derecho a hacerlo en el ejercicio de su derecho de defensa...”.²⁹⁰ Además, el tribunal especificó que “las situaciones en las que la persona sospechosa/acusada opta por guardar silencio no pueden ser consideradas como un agravante de su situación en el procedimiento penal”.²⁹¹

Otro ejemplo de una ley que contiene el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados según el modelo B, y que tampoco impone expresamente carga alguna al imputado, es la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Uganda:²⁹²

31(1) El Inspector General del Gobierno, el Director del Ministerio Público o un funcionario autorizado, puede investigar o hacer que se investigue a cualquier persona cuando haya motivos razonables para sospechar que esta:

- (a) lleva un estilo de vida que esté por encima del nivel correspondiente a sus fuentes de ingresos o activos actuales o pasadas; o
- (b) controla o posee bienes o recursos pecuniarios desproporcionales a sus fuentes conocidas de ingresos o activos actuales o pasadas.

31(2) Si se descubre que una persona posee bienes o recursos pecuniarios adquiridos ilícitamente, se considerará que comete un delito y podrá ser condenada a una pena de prisión igual o menor a diez años o a una multa que no exceda los doscientos cuarenta puntos monetarios, o a ambas.

288 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016; la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República en el que se emite un fallo con respecto a si el Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania cumple con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017.

289 Ibid., en [22] y [39.3].

290 Ibid., en [20] y [39.3].

291 Ibid., en [39.3].

292 [Traducción no oficial] Ley Anticorrupción (*Anti Corruption Act*) de 2009 (Uganda), Sección 31.

El método de aplicación de esta ley se abordó en el caso de *Uganda contra B.D Wandera*,²⁹³ en el que el Tribunal Supremo de Uganda estableció que el Estado tiene la responsabilidad de probar los siguientes elementos previstos en la disposición del Inciso 1(b) mencionada anteriormente:

Este delito consiste... en que:

- (i) el acusado debe controlar o poseer bienes o recursos pecuniarios; y
- (ii) los bienes o recursos pecuniarios deben ser desproporcionales a sus fuentes conocidas de ingresos o activos actuales o pasadas.²⁹⁴

Con ello, el tribunal afirmó que “la fiscalía... carga con la prueba de demostrar su caso más allá de toda duda razonable”, y que si se logra, dará lugar a la “inferencia” de que “el acusado se ha enriquecido ilícitamente si no hubiera una defensa plausible”.²⁹⁵

Desde luego, como se menciona en los casos de Uganda y Lituania, aunque las leyes de estas dos jurisdicciones no imponen expresamente la carga de presentar pruebas en el imputado, si el Estado logra establecer los elementos exigidos por la ley, sería prudencial que el imputado aporte pruebas en su defensa, ya que si no lo hace, probablemente sea condenado.

3.2.3 Ejemplos de legislaciones que siguen el “Modelo C” –leyes que le imponen únicamente al demandado la carga de la prueba en lo que refiere al elemento probatorio relativo a ingresos injustificados–

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito que contienen este modelo de elementos solo exigen que el Estado establezca que el demandado se ha beneficiado de una cantidad de activos antes de que la carga de la prueba recaiga automáticamente en dicha persona, quien deberá probar que posee una cantidad adecuada de ingresos legítimos que justifican la riqueza establecida.

Este es el modelo adoptado por la mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles.²⁹⁶ En consecuencia, los umbrales probatorios que deben alcanzarse conforme a estos tipos de leyes son los estándares de prueba civiles –por ejemplo, el balance de probabilidades–.

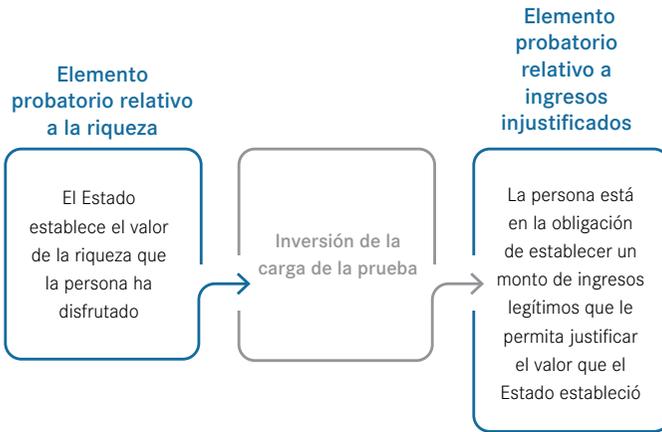
293 *Uganda c. B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014.

294 *Ibid.*

295 *Ibid.*

296 La redacción de la ley penal de Costa de Marfil también parece adoptar este planteamiento, al establecer que: [Traducción no oficial] “La carga de probar el origen legítimo de la riqueza recae en la persona demandada”. (Fragmento original: ‘Il appartient à la personne poursuivie d’enrichissement illicite de prouver l’origine licite de son patrimoine.’) – Véase la Ordenanza N.º 2013-660, del 20 de septiembre de 2013, relativa a la prevención y la lucha contra la corrupción y delitos similares, Artículo 56. Sin embargo, obsérvese que no se identificaron fallos judiciales que confirmen cómo se aplican en la práctica las cargas previstas en esta ley durante el proceso investigativo de este libro.

Modelo C: elemento probatorio relativo a la riqueza (Estado) y elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados (demandado)



Un ejemplo de este tipo de ley sobre enriquecimiento ilícito es la de Australia Occidental:²⁹⁷

12(1) Si se solicita la aplicación de la sección 11(1) durante una audiencia, el tribunal debe declarar que el demandado posee riqueza inexplicable si es más probable que el valor total de la riqueza sea mayor que el valor de la riqueza que este ha adquirido de forma legítima.

12(2) Se presume que todo bien, servicio, ventaja o beneficio que sea constitutivo de la riqueza del demandado no fue adquirido de forma legítima, salvo que este demuestre lo contrario.

Como se evidencia en el texto anterior, esta ley expresa el elemento probatorio relativo a la riqueza como un requisito para que el Estado establezca “el valor total de la riqueza del demandado” y el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados como un requisito para que el demandado establezca que posee suficiente “riqueza legalmente adquirida” que justifique la cantidad de activos que se ha establecido si “...[s]e presume que todo bien, servicio, ventaja o beneficio que sea constitutivo de la riqueza del demandado no fue adquirido de forma legítima, salvo que este demuestre lo contrario”.²⁹⁸ Por la naturaleza de la disposición de la reversión de la carga contenida en la Sección 12(2), esta ley no impone al Estado la responsabilidad de establecer la “riqueza legalmente adquirida” de una persona, sino que hace recaer toda la carga en el demandado.

²⁹⁷ [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental), Sección 12.

²⁹⁸ *Ibid.*

El método de aplicación de esta ley se abordó en el Tribunal de Distrito de Australia Occidental, en el caso del *Director del Ministerio Público contra Morris*,²⁹⁹ que confirmó que el demandado tiene la carga de probar las fuentes legítimas de los bienes correspondientes en un procedimiento derivado de esta disposición.

Para justificar la aplicación de la ley, Wager DCJ citó las notas explicativas de la propia ley, que estipulan que:

...es más fácil que una persona establezca que adquirió su riqueza legalmente a que el Estado pruebe lo contrario... El no incluir tal disposición supondría una fuerte carga de recursos para el Estado al tratar de establecer que la riqueza de una persona no fue adquirida legalmente.³⁰⁰

3.2.4 Leyes que adoptan un modelo de elementos probatorios, pero que se aplican judicialmente según otro modelo

Cabe destacar que, aunque la redacción de una ley parezca asignar las cargas de los dos elementos de una manera, los tribunales pueden distribuir las cargas de forma diferente al aplicar la ley.

Por ejemplo, una interpretación literal de la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Argentina supondría que una persona tiene al menos una carga parcial para justificar la fuente de su riqueza:³⁰¹

268(2) Será reprimido... el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo...

Sin embargo, los tribunales argentinos han interpretado esta disposición de manera diferente, dictaminando que según la misma no se impone ninguna carga al acusado de justificar su riqueza. Por ejemplo, en el caso de *Alsogaray*,³⁰² la Cámara Nacional de Casación Penal declaró que:

...no se advierte que el artículo 268(2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al

299 Director del Ministerio Público c. Morris [N.º 2] [2010] WADC 148.

300 Notas explicativas, Proyecto de Ley sobre Confiscación Penal (*Criminal Confiscation Bill*) de 2000 (Australia: Australia Occidental) citado en el caso Director del Ministerio Público c. Morris [N.º 2] [2010] WADC 148.

301 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, Artículo 268(2) (Fragmento original: 'Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.').

302 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005).

Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado.³⁰³

Además, el tribunal ha establecido que el requerimiento de “justificación”, contenido en la ley, solo puede ser entendido lógicamente como una “...notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento” y “[s]i el imputado hiciere uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar”.³⁰⁴

Esta interpretación fue confirmada por una apelación posterior en este caso ante la Corte Suprema en 2008,³⁰⁵ y más recientemente, por el Juzgado Criminal y Correccional Federal en el caso *César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani* en 2017,³⁰⁶ que también sostuvo que no se invierte la carga de la prueba y que “[e]n definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado”.³⁰⁷ En lugar de invertir la carga de la prueba, la ley otorga al demandado “la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar”.³⁰⁸

Como ejemplo contrastado, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Perú dice lo siguiente:³⁰⁹

303 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘Teniendo en cuenta todo lo antes referido, no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado.’).

304 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘En similar sentido se ha sostenido que el requerimiento de ‘justificación’, usado por el legislador, sólo puede ser entendido lógicamente como una notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento; que se ha mal interpretado ese concepto, confundiéndoselo con la noción procesal de ‘prueba positiva’; y que el tipo es avalorado, neutro y respeta plenamente el derecho de abstención que se deriva, en materia procesal, de la presunción de inocencia. Si el imputado hiciere uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar -idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar- (cfr.: C.N.C. y C.C.F., Sala I, voto del doctor Elbert en el precedente ‘Cullota’, ya citado’)).

305 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ‘Alsogaray’, Fallos 331:2799 (2008).

306 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09).

307 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09) (Fragmento original: ‘En definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado.’).

308 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09) (Fragmento original: ‘De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., en respuesta a: ‘Alsogaray’, ya citado.’). Sin embargo, como se mencionó en la nota al pie de página n.º 171, se ha demostrado que este planteamiento es motivo de contiendas entre los analistas jurídicos.

309 Código Penal del Estado Peruano, Decreto Legislativo N.º 635, Artículo 401, Enriquecimiento ilícito (Fragmento original: ‘Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.’).

401 ... Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Como se evidencia en el texto anterior, la ley no parece imponer expresamente ninguna carga al demandado para que aporte pruebas sobre el origen legítimo de sus fondos en ningún momento de un posible procedimiento judicial. Sin embargo, los tribunales peruanos han interpretado que esta ley incluye un mecanismo de inversión de la carga de la prueba. En el caso de la Corte Suprema relativo a *Manuel Enrique Cárdenas Valseca*,³¹⁰ los jueces hicieron referencia a los instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos, las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), al dictaminar que la aplicación de la ley peruana sobre enriquecimiento ilícito incluía un mecanismo de inversión de la carga de la prueba. En concreto, los jueces dictaminaron que la carga del fiscal se limita a establecer el aumento del patrimonio de la persona acusada con respecto a sus ingresos legítimos, y una vez establecido esto, la carga de la prueba se invierte en dicha persona “correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita”.³¹¹

3.2.5 Ofrecer una declaración satisfactoria

Como se mencionó anteriormente, muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito suelen exigir que el demandado justifique la cantidad total de riqueza o la discrepancia comprobada entre la cantidad total de riqueza y sus fuentes de ingresos conocidas u oficiales, ya sea mediante una imposición o de forma voluntaria como parte de su defensa.

En términos generales, esto requerirá que una persona pruebe, normalmente según el estándar de prueba civil –por ejemplo, en el balance de probabilidades– que la cantidad de riqueza en cuestión no se originó a través de una actividad delictiva, sino que se derivó de fuentes legítimas.

Las personas sometidas a procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito han tratado a menudo de explicar la supuesta desproporción de su riqueza alegando haber recibido ingresos de fuentes tales como negocios adicionales, obsequios de familia o ganancias sustanciales en juegos de apuestas. Sin embargo, estas declaraciones solo se han considerado

310 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n.º 953-2017 (2018).

311 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n.º 953-2017 (2018) (Fragmento original: ‘5.5. Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita.’).

satisfactorias si se fundamentan pruebas verosímiles.

Por ejemplo, en el caso penal argentino de *L., C. y otro*,³¹² se rechazaron las alegaciones del acusado de que la diferencia entre los ingresos y la riqueza se debía en realidad a la recepción de donaciones de miembros de la familia, ya que no se aportó documentación que lo justificase. También, en el caso argentino *Omar Daniel Carreiras*,³¹³ se rechazaron las alegaciones del acusado de que había recibido ingresos adicionales procedentes de la ganadería, por no estar documentados dichos ingresos. En el caso civil keniano *Stanley Mombo Amuti contra la Comisión Anticorrupción (Anti-Corruption Commission) de Kenia*,³¹⁴ la alegación del demandado sobre el depósito en efectivo en su cuenta bancaria de honorarios profesionales de un ciudadano sudanés fallecido se consideró insatisfactoria porque el demandado no pudo probar ni la naturaleza de los servicios profesionales prestados, ni la duración del trabajo prestado, así como tampoco presentó prueba alguna de una factura por concepto del trabajo.³¹⁵

Sin embargo, los tribunales suelen aceptar las alegaciones debidamente probadas. Por ejemplo, en el caso penal de *Kedari Lal contra el estado de M.P. y Ors*,³¹⁶ la Corte Suprema de la India dictaminó que una supuesta desproporción entre el valor total de la riqueza del acusado y sus fuentes de ingresos se había justificado haciendo referencia a los regalos, herencias y préstamos que afirmaba haber recibido de amigos y familiares. El fallo se basó en el hecho de que el acusado había aportado importantes pruebas verbales y documentales para justificar “cada uno de los montos recibidos”.³¹⁷

Además, en el caso civil de Australia Occidental, *Director del Ministerio Público contra Morris*, el demandado pudo declarar satisfactoriamente el origen legítimo de AUD 108 390 en efectivo encontrados durante un registro policial de su auto. Al hacerlo, el demandado señaló suficientes registros de ingresos procedentes de su gimnasio y otras fuentes, proporcionó una excusa plausible para tener el dinero en efectivo en su auto durante el allanamiento, y además justificó su costumbre de mantener sus ahorros en efectivo al hacer referencia a un incidente anterior en el que perdió fondos de su cuenta de ahorros debido a la quiebra de un banco.³¹⁸

312 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, ‘L., C. Y otros’, Fallos 45793 (2017).

313 Tribunal en lo Criminal n.º 4 de La Plata, Omar Daniel Carreiras, causa n.º 4618 (2017).

314 Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia c. Stanley Mombo Amuti (Apelación Civil N.º 184 de 2018).

315 Ibid.

316 Kedari Lal contra el estado de M.P. y Ors MANU/SC/0343/2015.

317 Ibid., en [12].

318 Director del Ministerio Público c. Morris [N.º 2] [2010] WADC 148 en [41].

3.3 Cómo analizan los tribunales los elementos probatorios para determinar si se ha producido un acto de enriquecimiento ilícito

3.3.1 Una cuestión de “cálculos matemáticos”

Para evaluar si se han establecido los elementos probatorios relativos a la riqueza y a los ingresos injustificados, y por lo tanto se ha cometido un acto de enriquecimiento ilícito, los tribunales suelen realizar un cálculo matemático. Para ello, analizarán las pruebas presentadas y tratarán de determinar dos cifras precisas que puedan emplearse en una fórmula sencilla para determinar si la persona en cuestión se ha enriquecido ilícitamente. Estas dos cifras se derivan directamente de las pruebas presentadas para establecer los dos elementos probatorios comunes, y son las siguientes:

- Cifra 1** La **cantidad total de riqueza** que la persona ha disfrutado durante un período determinado –derivada de las pruebas aportadas por el Estado en relación con el elemento probatorio relativo a la riqueza–.
- Cifra 2** El **monto total de ingresos legítimos** percibidos por la persona durante el mismo período –derivado de las pruebas de ingresos proporcionadas por el Estado y/o la persona en cuestión en relación con el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados–.

Una vez que se han determinado estas dos cifras, el tribunal puede realizar un cálculo matemático sencillo para determinar si se han establecido los elementos probatorios con éxito y que:

- una persona ha disfrutado de una cantidad de activos; y
- el origen lícito de la cantidad de activos no se justifica si se compara con los ingresos legítimos de la persona.

Este cálculo matemático puede resumirse en una fórmula sencilla:

CIFRA 1	<p>Cantidad total de riqueza –disfrutada por la persona durante un período determinado–</p>
	—
	(menos)
CIFRA 2	<p>Monto total de ingresos legítimos –percibidos/a disposición de la persona en el mismo período–</p>
	=
	(igual)
	<p>ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO TOTAL</p>

Si la cantidad total de riqueza (cifra 1) es mayor que el monto total de los ingresos legítimos (cifra 2), la diferencia será positiva y esto significará que se han establecido los elementos y que se ha cometido un enriquecimiento ilícito. Desde luego, siempre que se hayan establecido los demás elementos exigidos por la ley en cuestión –por ejemplo, que la persona sea un funcionario público–. En ese caso el tribunal impondrá una sanción.

Además de demostrar el hecho de que se ha cometido un enriquecimiento ilícito, una cifra final positiva también representará el valor exacto de dicho enriquecimiento ilícito.

Si la fórmula arroja cero, o una cifra negativa, es evidente que no se ha probado el enriquecimiento ilícito. Esta idea de procesar las pruebas mediante cálculos matemáticos se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de todo el mundo. En el caso de la *Reina contra Mok Wei-Tak y otros*,³¹⁹ el Tribunal de Apelación de Hong Kong describió el análisis de pruebas en un procedimiento judicial en materia de enriquecimiento ilícito como un “ejercicio de rendición de cuentas” y un “cálculo de cifras”.³²⁰ Además, en el caso de *Uganda contra B.D Wandera*, mencionado anteriormente en esta sección, el juez Keitirima describió la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Uganda como “un delito de cálculo matemático” en virtud del cual es necesario establecer el valor de los bienes o recursos pecuniarios del acusado –es decir, la cifra 1–, seguido de los ingresos del acusado –es decir, la cifra 2– y, por último, que el valor de la cifra 1 no sea proporcional a la cifra 2.³²¹

Incluso en las jurisdicciones en las que no hay jurisprudencia, la necesidad de realizar una especie de cómputo es un requisito implícito en la redacción de la ley sobre enriquecimiento ilícito, que

319 La Reina c. Mok Wei-Tak y otro [1985] HKLR 1054.

320 Ibid., en [1059].

321 Uganda c. B.D Wandera HCT-00-AC-SC-0012/2014.

exige de forma expresa establecer algún tipo de disparidad, desproporción o inconmensurabilidad. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Fiyi, que faculta a un tribunal para imponer una sanción civil si el “valor de la riqueza total de la persona demandada es mayor que el valor de la riqueza legalmente adquirida”.³²² Es imposible que un tribunal determine esto con precisión sin tener que realizar algún tipo de cálculo y comparación de los dos valores mencionados.

3.3.2 Definición de un “período de interés” para calcular el posible enriquecimiento ilícito

Con el fin de poder calcular si se ha cometido un enriquecimiento ilícito conforme a la fórmula anterior, el tribunal deberá establecer parámetros temporales para su análisis. El período que transcurre entre las dos fechas fijadas suele denominarse “período de interés”, “período de verificación” o “período de cálculo”, y es necesario para poder calcular y comparar con precisión la riqueza total con los ingresos de una persona. Si no existieran estos parámetros, es posible que:

- 1) la persona en cuestión argumente que ha pagado por cierta riqueza de la que ha disfrutado durante el período de interés por medio de ingresos que ha recibido antes o después de dicho período y de los que no disponía realmente en ese momento; o
- 2) el Estado argumente que una persona adquirió una riqueza adicional antes o después del período de interés que es desproporcional a una determinada cantidad de ingresos percibidos durante dicho período.

El período de interés no se refiere necesariamente a todo el período de tiempo en que alguien podría ser objeto de una ley sobre enriquecimiento ilícito –por ejemplo, la duración total del período en que alguien fue funcionario público o el período enmarcado dentro del plazo de prescripción de una ley–. En cambio, se refiere al período en el que se produjo el supuesto enriquecimiento ilícito –por ejemplo, el año en el que un funcionario público adquirió inexplicablemente una cantidad significativa de activos–.

Por ejemplo, aunque la ley de enriquecimiento ilícito de la India exige que quienes se enriquezcan ilícitamente sean funcionarios públicos, esto no significa que el período de interés que considera el tribunal para calcular una supuesta desproporción entre la riqueza y los ingresos tenga que abarcar todo el período en que la persona desempeñó un cargo. Como se expuso en el caso *Estado de Maharashtra contra Pollonji Darabshaw Daruwalla*:

...no es imperativo que el período de cálculo se extienda a todo el período de servicio del funcionario público... Sin embargo, el período debe permitir obtener un panorama real y completo de las fuentes de ingresos conocidas y de los bienes y recursos pecuniarios que posee dicho funcionario, ya sea por sí mismo o a través de cualquier otra persona en su nombre, que

322 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 1997 (modificada por la Enmienda N.º 7 a la Ley del Producto del Delito [*Proceeds of Crime Act*] de 2005 y por la Enmienda al Decreto N.º 61 de 2012 relativo a ganancias derivadas de un delito) (Fiyi), Sección 71H.

supuestamente son desproporcionados.³²³

Desde luego, si la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de una determinada jurisdicción se centra específicamente en los funcionarios públicos, el período de interés que un tribunal suele considerar coincidirá directamente con la fecha en que la persona empezó a ejercer la función pública hasta la fecha en que se inició la investigación o la persona cesó en el cargo.

En la práctica, la fiscalía es la encargada de establecer el período en los fundamentos de la acusación o demanda contra la persona en cuestión.

3.3.3 Cómo determina un tribunal la cantidad total de riqueza de una persona (cifra 1)

Tal y como se explica en la sección 2.2.2.2, las leyes sobre enriquecimiento ilícito se centran cada una en distintos tipos de riqueza. Mientras que algunas leyes solo se enfocan en los activos reales y los recursos pecuniarios, otras adoptan un planteamiento más amplio y consideran cualquier beneficio que una persona pueda haber recibido y que haya contribuido a su nivel de vida general.

En la práctica, los elementos específicos que pueden ser considerados por los tribunales como contribución a la riqueza de una persona durante un período de interés son casi ilimitados, siempre y cuando, estén enmarcados en el ámbito general del tipo de riqueza al que se dirige la ley en concreto.

Por ejemplo, al calcular el valor de los recursos pecuniarios del apelante en el caso de *Krishnanand contra el estado de Madhya Pradesh*,³²⁴ la Corte Suprema de la India contabilizó el valor total de los saldos bancarios, los instrumentos de inversión, el auto, las armas de fuego e incluso la radio y los muebles del apelante. Para determinar el valor de los gastos diarios en los que el apelante había incurrido durante el período en cuestión, la Corte Suprema también tuvo en cuenta el dinero que este gastó por conceptos como primas de seguro, matrículas educativas, alquiler, mantenimiento del auto, facturas de electricidad, facturas de teléfono, vacaciones, alimentación, ropa, membresías de clubes e incluso el dinero que gastó en cigarrillos y alcohol.³²⁵

Otro ejemplo es el caso senegalés de *Karim Meïssa Wade*,³²⁶ para determinar si el hijo del expresidente se había enriquecido ilícitamente, el Tribunal de Sanción del Enriquecimiento Ilícito (*La Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite*) contabilizó el valor de una parte importante de activos de la riqueza total del acusado. Esto incluía el valor de varios vehículos de lujo, grandes

323 Estado de Maharashtra c. Pollonji Darabshaw Daruwalla, 1988 AIR 88 (caso citado originalmente en L. Muzila y otros, *On the Take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Banco Mundial, Washington, 2012, p. 17).

324 Krishnanand c. el estado de Madhya Pradesh MANU/SC/0134/1976.

325 *Ibid.*, en [9] y [20].

326 No se pudo obtener el fallo original, *La Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite* cuenta con un registro no oficial en 'Condamnation de Karim Wade: L'arrêt de la Cour de Répression de l'Enrichissement Illicite', aDakar, 27 de marzo de 2015, <http://news.adakar.com/d/14066.asp>, consultado el 10 de marzo de 2021. Obsérvese, además, que fragmentos de este veredicto también se encuentran en un fallo del Tribunal de Apelaciones de París de Francia: CA Paris, 14 de marzo de 2018, n.º 17/03650.

sumas en cuentas bancarias en el extranjero, numerosas joyas, varios relojes de fabricación suiza, así como varios bienes inmuebles.

Es evidente que, como se ha mencionado anteriormente, determinadas jurisdicciones incluyen ciertos elementos en el valor total de la riqueza disfrutada, mientras que otras no consideran esos elementos exactos. Por ejemplo, al realizar los mismos cálculos, los tribunales de la India considerarán las compras diarias de alimentos y ropa u otros gastos del hogar,³²⁷ mientras que los tribunales de varias jurisdicciones australianas tienen prohibido por ley incluir en los cálculos “los alimentos necesarios, la ropa y otros artículos razonablemente precisos para las necesidades cotidianas”.

En el Anexo 2 se ofrece un análisis más exhaustivo de los tipos de artículos que los investigadores y fiscales pueden llegar a considerar.

Nota del autor: sistemas de declaración de bienes y leyes sobre enriquecimiento ilícito

En el contexto de las leyes sobre enriquecimiento ilícito que persiguen a los funcionarios públicos, las leyes de declaración de bienes pueden desempeñar un papel clave en las investigaciones y procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito a la hora de determinar la riqueza desproporcional. De hecho, en los instrumentos legislativos hay varias disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito, así como disposiciones sobre declaración de bienes. Si bien siempre se debe verificar la credibilidad de la información contenida en dichas declaraciones, estas suelen proporcionar un punto de partida eficaz en el análisis de la riqueza de una persona. El valor probatorio de estas declaraciones se aborda en el Anexo 2 (sección 2.5.1).

3.3.3.1 Cuestiones jurídicas que pueden surgir en torno a la determinación de la riqueza total de una persona

Existen algunas cuestiones jurídicas comunes que los tribunales han considerado a la hora de determinar si ciertos elementos pueden contabilizarse en la cantidad total de riqueza disfrutada por una persona.

Activos que otras personas poseen o disfrutan

Quienes pretenden encubrir la propiedad de activos adquiridos con dinero producto de actividades delictivas suelen poner la titularidad de estos activos a nombre de otras personas. En estos casos, en los procedimientos de recuperación de activos suelen surgir litigios cuando el Estado trata de establecer si los elementos de riqueza que posee o disfruta otra persona son, en realidad, elementos que deben considerarse parte de la riqueza total del demandado. Como se menciona en la sección 2.2.2.2, muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito intentan abordar esta cuestión antes de que se plantee en los tribunales, estableciendo expresamente que los activos que se

327 Vasant Rao Guhe c. estado de Madhya Pradesh AIR 2017 SC 3713.

demuestre que están “en fideicomiso o de otro modo” en manos de personas estrechamente vinculadas al demandado pueden ser considerados en los cálculos de la riqueza. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong establece lo siguiente:

Si un tribunal estima, en un procedimiento por un delito tipificado en el Inciso (1)(b), que, habida cuenta de la proximidad de su relación con el acusado y otras circunstancias, hay motivos para creer que una persona tenía bienes o recursos pecuniarios en fideicomiso para el acusado o de otro modo en su nombre, o que dichos recursos o bienes se derivan de un regalo del acusado, se debe presumir, salvo prueba en contrario, que dichos recursos o bienes estaban bajo el control del acusado.³²⁸

Esta disposición permite a un tribunal presumir que, en circunstancias determinadas, ciertos recursos o bienes en poder de un tercero están bajo el control del demandado. Si bien en el caso de *Ho Shing Tuen contra R*³²⁹, el tribunal aclaró posteriormente que la “proximidad de la relación” entre el demandado y el tercero no es suficiente en sí misma para justificar una presunción de control, otros casos han demostrado que esta presunción puede darse si concurren circunstancias adicionales. Por ejemplo, en el caso de la *Reina contra Chung Cheong*,³³⁰ el tribunal consideró que había pruebas contundentes de que las acciones registradas a nombre del hermano del acusado estaban de hecho bajo el control de este último, debido en parte a que los pagos de las acciones podían rastrearse hasta una cuenta bancaria cuyo titular era el acusado.³³¹

Este concepto también se ha abordado en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en el caso pakistání de *Muhammad Yaqub contra el Estado*,³³² el tribunal sostuvo que las tierras agrícolas a nombre del hermano del acusado podían atribuirse realmente a este último sobre la base de que el acusado había abonado personalmente el precio de compra de estas tierras. Además, este caso también sostuvo que la tierra a nombre de la esposa del acusado podía atribuirse a este en base que su esposa no tenía ninguna fuente de ingresos independiente que justificara la parcela a su nombre.³³³

Del mismo modo, en el caso *K. Poonuswamy contra el estado de Tamilnadu*³³⁴ ante la Corte Suprema de la India, se estimó que considerables activos en manos de la esposa y la hija del acusado formaban parte de la riqueza total de este último, entre ellos grandes depósitos bancarios, en base a que ni su esposa ni su hija tenían ingresos suficientes ni justificación factible para la adquisición de estos activos.

328 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10(2).

329 *Ho Shing Tuen c. R* [1980] HKC 289 (citado en I. McWalters SC y otros, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p. 413).

330 *La Reina c. Chung Cheong* DCCC000137/1977.

331 Resulta interesante que, aunque el tribunal especificó que en este caso se habían cumplido las condiciones previas para hacer una presunción del control, incluso aclaró que las pruebas de “control” eran tan contundentes que los fiscales habían demostrado el “control” que tenía el acusado sobre el activo más allá de toda duda razonable y que, por lo tanto, ni siquiera era necesario hacer una presunción en este caso.

332 *Muhammad Yaqub c. El Estado* 1988 SCMR 282.

333 *Ibid.*

334 *K. Poonuswamy c. estado de Tamilnadu* AIR 2001 SC 2464.

Nota del autor: Consideraciones relativas a los derechos de terceros sobre los activos de procedencia inexplicable

Pueden surgir problemas si un tercero de buena fe ha recibido beneficios del enriquecimiento ilícito de otra persona y el Estado trata de recuperar estos activos. Por ejemplo, si una persona adquiere una casa de orígenes no declarados y luego la utiliza para obtener una hipoteca con un banco, pueden surgir dudas en torno a los derechos que tiene el banco en caso de que el Estado haga lo posible por confiscar dicho inmueble. También pueden surgir dudas similares si la persona ha adquirido un auto de fuentes desconocidas y luego lo vende a una parte inocente. Algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles y penales incluyen medidas precautorias para garantizar que un tercero de buena fe pueda dar a conocer su interés en la propiedad durante los procedimientos de ejecución –por ejemplo, la Sección 179S de la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Jurisdicción Federal australiana), las Secciones 12AA(3)-(4) de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 de Hong Kong y la Sección 12AA de la Ley sobre Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Act*) (Promulgación N.º 12 de 2007) de Fiyi-. Sin embargo, hay muchas leyes que no se pronuncian sobre esta cuestión.

Cuándo y cómo valorar los activos

En ocasiones también han surgido dudas en torno a la fecha adecuada en la que debe valorarse un determinado elemento de valor.

Por lo general, al calcular la riqueza total de la persona en cuestión durante el procedimiento judicial, los tribunales se refieren al valor del artículo en el momento en que la persona procesada lo adquirió o disfrutó. Por ejemplo, en el caso *Uganda c. B.D Wandera*, el tribunal afirma específicamente que una valuación adecuada de los activos debe referirse al “costo en el momento en que fueron adquiridos”.³³⁵

Sin embargo, para determinar el valor de una orden de recuperación posterior basada en el dinero, también se ha considerado el valor de los activos a la fecha de la acusación –en el caso de leyes sobre enriquecimiento ilícito penales– o a la fecha de la solicitud de una orden civil –en el caso de leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles– para determinar el monto adecuado de cualquier orden de este tipo.³³⁶ La justificación de esto es garantizar que la persona sea despojada del valor total de las ganancias de su enriquecimiento ilícito –por ejemplo, cuando se adquiere una casa por medio de orígenes no declarados y esta aumenta de valor en el período comprendido desde su adquisición hasta el procedimiento judicial–.

³³⁵ Uganda c. B.D Wandera HCT-00-AC-SC-0012/2014.

³³⁶ Véase, por ejemplo, el caso de Chung Cheong contra la Reina CACC001364/1977, en Hong Kong. Obsérvese además que las leyes de las jurisdicciones australianas del Territorio del Norte, Australia Occidental y Tasmania también señalan específicamente que el valor que debe utilizarse debe ser el valor del artículo al momento de su adquisición o el valor del artículo a la fecha en que el Estado presentó la solicitud civil, el que sea mayor.

3.3.4 Cómo determina un tribunal el monto total de los ingresos legítimos de una persona (cifra 2)

En los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito, el Estado o la persona en cuestión deberán aportar pruebas para determinar los ingresos legítimos totales de dicha persona durante el período de interés. Como se ha explicado anteriormente en esta parte, la finalidad será:

- proporcionar una declaración satisfactoria sobre cómo se adquirieron o disfrutaron legalmente determinados elementos de la riqueza –por ejemplo, cuando el demandado tiene la carga en virtud de una ley con el modelo C–; o
- establecer una discrepancia entre el valor total de dichos ingresos y el valor total de la riqueza que disfrutó dicha persona –por ejemplo, cuando el Estado tiene la carga en virtud de una ley con el modelo B–; o
- ambas cosas –por ejemplo, cuando existe una carga compartida en virtud de una ley con el modelo A–.

En el sentido más amplio, los ingresos de una persona incluirán cualquier obtención legítima de riqueza. Lo más habitual es que esto incluya el salario, pero al igual que con los elementos de riqueza, las fuentes legítimas de ingresos de una persona pueden ser casi ilimitadas.

Por ejemplo, al calcular los ingresos totales del acusado en el caso de *Krishnanand contra el estado de Madhya Pradesh*, la Corte Suprema de la India también consideró subsidios relacionados con el trabajo, intereses devengados por las cuentas bancarias, reclamaciones de seguros, reembolsos del impuesto sobre la renta, pagos monetarios de miembros de la familia, así como dinero percibido por la venta de una fianza.³³⁷ En el caso del *Director del Ministerio Público contra Morris* mencionado anteriormente, el Tribunal de Distrito de Australia Occidental valoró el monto total de los ingresos que Morris había devengado de su gimnasio y de sus servicios de entrenamiento personal, los fondos que había recibido a través de la venta de un auto, una moto y acciones, más una suma adicional que había recibido a través de un préstamo bancario.³³⁸ En el *Caso n.º KT4-N3/2017*, la Corte Constitucional de Lituania señaló que, al determinar la legitimidad del enriquecimiento de una persona, el tribunal también puede estimar la consideración de los ingresos de miembros de la familia; entre ellos préstamos o herencias de los que pueda haberse beneficiado.³³⁹

Los ingresos legítimos obtenidos antes de un período de interés en forma de ahorros también pueden incluirse en el cálculo de los ingresos totales de una persona, si dicha persona empleó estos ahorros durante el período de interés para la adquisición de elementos que forman parte de

337 *Krishnanand c. el estado de Madhya Pradesh* MANU/SC/0134/1976.

338 *Director del Ministerio Público c. Morris* [N.º 2] [2010] WADC 148.

339 *Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016*: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República en el que se emite una sentencia sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [20].

su riqueza. En el caso *Uganda contra B.D Wandera*, el acusado alegó que había conseguido adquirir ciertos activos utilizando los ahorros de los ingresos obtenidos antes del período de interés, y el tribunal sostuvo que, como mínimo, la fiscalía debía haber intentado verificarlo. El tribunal declaró que era “imperativo que la fiscalía estableciera si el acusado realmente disponía de esos ahorros como había declarado...” y que “la prueba podría haberse establecido fácilmente a partir de sus extractos bancarios durante ese período o al interrogar al acusado”.³⁴⁰

3.3.5 Paso final: evaluación de la discrepancia entre la cifra 1 y la cifra 2

La determinación final de si existe una discrepancia –desproporción o inconmensurabilidad– entre la riqueza total que disfrutó la persona en cuestión y los ingresos totales con los que contaba durante el período de interés es un proceso sencillo que se completa utilizando la fórmula matemática explicada anteriormente en esta parte.

En la práctica, el Estado suele realizar sus propios cálculos matemáticos como parte del caso que presenta ante un tribunal. Sin embargo, al final del procedimiento judicial, el tribunal también realizará su propio cálculo basado en las pruebas que hayan presentado ambas partes.³⁴¹ En ocasiones, esto conlleva a que el tribunal determine una cifra diferente a la aportada por el Estado, debido a que el tribunal puede ajustar sus cálculos considerando cualquier elemento de riqueza que el Estado no haya probado adecuadamente o cualquier ingreso adicional que la persona demandada pueda haber probado.

340 *Uganda c. B.D Wandera* HCT-00-AC-SC-0012/2014; el hecho de que la fiscalía no lograra verificar estas pruebas fue un factor clave en la absolución del acusado.

341 En la práctica, siempre que el procedimiento de una jurisdicción permita el acuerdo previo al juicio de determinados hechos, tanto el Estado como el demandado pueden tratar de acordar determinados valores de ingresos y elementos de riqueza antes del juicio para reducir los plazos necesarios en los procedimientos judiciales.

3.4 Otros elementos contenidos en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, además del elemento probatorio de la riqueza y el de los ingresos injustificados

Si bien el elemento probatorio relativo a la riqueza y el elemento probatorio relativo a ingresos injustificados son fundamentales y deben abordarse de alguna manera en todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles, puede que no sean los únicos elementos que deban establecerse durante los procedimientos judiciales para que un tribunal emita una sanción.

3.4.1 Requisito de probar que el enriquecimiento fue superior a un valor definido o fue “significativo”

Como se indica en la sección 2.2.2.3, algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito incluyen umbrales que exigen que el Estado establezca valores mínimos para:

- la riqueza general del demandado;
- el aumento de la riqueza general de una persona durante un período determinado; o
- el aumento de la riqueza de una persona que esté por encima de sus ingresos legítimos.

Estos umbrales pueden estar claramente definidos, con cantidades monetarias establecidas, o ser menos específicos.

Umbrales de valor definidos

Por lo general, los umbrales de valor con un monto definido suelen estar claramente establecidos en una ley sobre enriquecimiento ilícito, y como tal no están sujetos a la interpretación de los tribunales. Ejemplos de este tipo de leyes son la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificada de Trinidad y Tobago,³⁴² así como las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de Afganistán³⁴³ y Honduras³⁴⁴, que incluyen en su redacción valores monetarios específicos que deben ser establecidos por el Estado a fin de poder imponer sanciones.

Umbrales de valor no específicos

En otras legislaciones, sin embargo, los umbrales de valor no son tan específicos. En lugar de establecer un valor monetario mínimo que debe probarse, estas legislaciones exigen que el Estado demuestre que el enriquecimiento de una persona durante un período determinado fue “significativo” o “apreciable”.

342 [Traducción no oficial] Ley sobre Activos de Procedencia Inexplicable, Gestión y Recuperación de Activos de Orden Civil (*Asset Recovery and Management and Unexplained Wealth Act*) de 2019 (Trinidad y Tobago), Sección 58.

343 [Traducción no oficial] Código Penal (Afganistán), Artículo 419(2).

344 Código Penal (Decreto N.º 130-2017)(Honduras), Artículo 484.

Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito de Argentina exige que se pruebe “el carácter apreciable del enriquecimiento”, sin definir con precisión y en función del valor este umbral. En cambio, en el caso de *Alsogaray*, el tribunal sostuvo que la valoración de si el enriquecimiento se considera “apreciable” debe determinarse caso por caso en función de la situación económica de la persona en cuestión para determinar si el enriquecimiento probado puede ser “considerado normal o no” en referencia a los ingresos legítimos de dicha persona.³⁴⁵

Umbrales de valor establecidos por la jurisprudencia

Algunas jurisdicciones han implementado el requisito de establecer un monto mínimo de enriquecimiento ilícito por vía jurisprudencial, aun cuando la ley no incluya un umbral de valor definido o inespecífico. En el caso de *Krishnanand contra el estado de Madhya Pradesh*, la Corte Suprema de la India consideró que el exceso de activos del demandante era “comparativamente escaso” e “inferior al 10 % de los ingresos totales” y, en consecuencia, revocó la condena, a pesar de que la propia ley no incluye ningún umbral expreso que deba considerarse.³⁴⁶ Esta noción se vio reforzada en el caso posterior de *Kedari Lal contra el estado de M.P. y Ors*, en el que se hizo referencia al mismo umbral del diez por ciento para justificar una absolución.³⁴⁷ Del mismo modo, la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong no incluye ninguna referencia a los umbrales de valor, pero los tribunales han tratado de subrayar que el requisito de que la persona acusada justifique una discrepancia entre la riqueza y los ingresos no se “deriva de una incongruencia o desproporción insignificante”, de acuerdo con la máxima jurídica “*de minimis non curat lex*: la ley no se ocupa de los asuntos intrascendentes”.³⁴⁸

3.4.2 Requisito de probar la condición de funcionario público

La mayoría de las leyes sobre enriquecimiento ilícito buscan específicamente perseguir las ganancias derivadas de actos de corrupción. En consecuencia, como se indica en la sección 2.2.2.1, muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito solo pueden aplicarse a funcionarios públicos o a personas directamente relacionadas con un funcionario público –por ejemplo, familiares

345 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘*Alsogaray*’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘Este adjetivo está tomado del Proyecto de 1941 –el de 1960 dice incremento ‘considerable’ y el Decreto-Ley 4778/63 incremento ‘importante’-, y por tal debe entenderse el que ‘resulta considerable con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función’ o después de haber cesado en la función ‘pero vinculado antes a ese ejercicio’ (cfr.: Creus: ‘Delitos contra la Administración Pública’, ya citado, pág. 420, y Núñez: ‘Tratado de Derecho Penal’, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Bs. As., junio de 1992, pág. 145). Coincide con esa idea Fontán Balestra, quien ha sostenido con meridiana claridad que dicha palabra es de significado relativo, como lo son sus sinónimos, por lo que una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento ‘la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio’, por lo que sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta’. Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos (cfr.: ‘Tratado de Derecho Penal’, T. VII, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, pág. 357).’).

346 Krishnanand c. el estado de Madhya Pradesh MANU/SC/0134/1976.

347 Kedari Lal contra el estado de M.P. y Ors MANU/SC/0343/2015.

348 Fiscal c. Hui Kin-hong [1995] HKCLR 227 en [235] (citado en I. McWalters SC y otros, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p. 397).

directos-.

En la práctica, la cuestión de si alguien es o no un funcionario público rara vez se debate, y la mayoría de instrumentos legislativos que contienen leyes sobre enriquecimiento ilícito incluyen una definición específica sobre las funciones que se incluirán bajo el término “funcionario público”.

Por lo general, las leyes suelen aplicarse a las personas que han cesado en la función pública para garantizar que una persona enriquecida ilícitamente no pueda obtener la inmunidad frente a las acciones legales simplemente jubilándose. Esta aplicación ampliada de la ley a menudo se incluye expresamente en la redacción de la propia normativa, como en Guatemala,³⁴⁹ donde se puede demostrar que un funcionario público se ha enriquecido ilícitamente durante los primeros cinco años después de cesar en el cargo, o en Burkina Faso,³⁵⁰ donde el acto de enriquecimiento ilícito se considera un delito “continuo”.

Curiosamente, las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden aplicarse incluso a personas que fueron funcionarios públicos, pero que se retiraron antes de que se promulgara la ley. Por ejemplo, en el caso *Lai Man-Yau c. Fiscal General (N.º 2)*³⁵¹ de Hong Kong, el Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*) analizó si la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong podía aplicarse a un oficial de policía que se retiró casi dos años antes de que la ley entrara en vigor, pero que seguía controlando los activos adquiridos ilícitamente después de la fecha de promulgación. En su fallo, Lord Salmon señaló que la redacción de la disposición en cuestión ampliaba la aplicación de la ley a cualquier persona que, “siendo o habiendo sido funcionario de la Corona”, controlara activos desproporcionados, e interpretó esta frase de acuerdo con su significado literal. Rechazó los argumentos del apelante de que la frase “desde la entrada en vigor de esta Ordenanza” debía incluirse en la interpretación de la disposición, ya que sería “impetuoso hacer una lectura en una Ley del Parlamento o en una Ordenanza de elementos que no figuran en ella; y ante la ausencia de una necesidad evidente de dicha lectura, es un error”.³⁵² En consecuencia, el tribunal consideró que la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong podía aplicarse a una persona que ocupara un cargo público incluso antes de la entrada en vigor de la propia ley, siempre que siguiera controlando los activos adquiridos después de la fecha de promulgación. La cuestión de la posible aplicación retroactiva de las leyes sobre enriquecimiento ilícito se aborda con más detalle en la cuarta parte.

349 Código Penal, Decreto N.º 17-73 (modificado por Ley contra la Corrupción, Decreto N.º 31-2012) (Guatemala), Artículo 448 bis.

350 [Traducción no oficial] Ley N.º 004-2015/CNT relativa a la prevención y sanción de la corrupción (Burkina Faso), Artículo 63 (Fragmento original: ‘Le délit d’apparence, ainsi visé, est une infraction continue caractérisée par la détention des biens illicites ou leur emploi d’une manière directe ou indirecte.’).

351 *Lai Man-Yau c. Fiscal General (N.º 2)* [1978] HKCU 79.

352 *Ibid.*

3.4.3 Requisito de probar que el enriquecimiento se produjo en un período de tiempo limitado

Como se ha aludido anteriormente, varias leyes sobre enriquecimiento ilícito exigen que el Estado establezca que el enriquecimiento tuvo lugar en un determinado período de tiempo. Este período suele estar directamente relacionado con la época en la que la persona en cuestión era funcionario público, y suele abarcar un cierto número de años después de su fecha de retiro.

3.4.4 Requisito de probar la sospecha justificada de actividad delictiva

Como se analiza detalladamente en las secciones 1.4.2 y 2.2.5, algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito –denominadas en este libro como leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas– incluyen un elemento adicional que requiere que el Estado establezca una sospecha o conjetura justificada de que la riqueza en cuestión se ha derivado de un delito o de que se ha realizado algún tipo de actividad delictiva.

3.4.5 No es necesario probar el conocimiento o la intención

Como nota final sobre los elementos, si bien el artículo 20 sobre enriquecimiento ilícito de la CNUCC incluye la obligación de probar que el delito se cometió “intencionalmente”, estos elementos específicamente redactados en relación con la “intención” o el “conocimiento” no son comunes en las leyes nacionales sobre enriquecimiento ilícito.

Incluso cuando se hace referencia a la “intención” en una ley, no se describe como un elemento independiente, sino como uno que puede presumirse sobre la base de los hechos que deben probarse en otros elementos.

Por ejemplo, aunque la ley de la India establece que un funcionario público comete un delito si “se enriquece ilícitamente de forma deliberada durante el ejercicio de su cargo”, la ley estipula que:

Se presume que una persona se ha enriquecido ilícitamente de forma intencionada si ella, o cualquier persona en su nombre, posee o ha poseído, en cualquier momento durante el ejercicio de su cargo, bienes o recursos pecuniarios desproporcionales a sus fuentes de ingresos conocidas que no puede justificar satisfactoriamente.³⁵³

Por lo tanto, si se establece el elemento probatorio relativo a la riqueza y el elemento probatorio relativo a los ingresos injustificados en esta ley en particular, el tribunal presumirá que la persona en cuestión tenía la intención de enriquecerse ilícitamente.

Del mismo modo, los requisitos para demostrar el “conocimiento” también han sido limitados en la práctica. Por ejemplo, aunque la ley en Lituania exige el demandado sea “consciente” o

353 [Traducción no oficial] Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988 (modificada por la Enmienda a la Ley de Prevención de la Corrupción [*Prevention of Corruption Act*] de 2018) (India), Sección 13(1)(b).

“posiblemente consciente de que dichos bienes no se podían adquirir con ingresos legítimos”, la Corte Constitucional ha aclarado que el delito puede cometerse por “negligencia” o “descuido”.³⁵⁴

La mayor parte de las leyes de enriquecimiento ilícito no abordan la cuestión de la *mens rea*, por lo que los acusados han tratado de cuestionarla ante los tribunales. Por ejemplo, en el caso de *Roy Sturgeon contra la Reina*³⁵⁵ (Hong Kong), el acusado trató de argumentar que para establecer que había adquirido un bien desproporcional, el Estado debía probar que tenía conocimiento del bien que presuntamente estaba bajo su control. El tribunal no estuvo de acuerdo, afirmando que “las pruebas *prima facie* de *mens rea* son totalmente innecesarias” y que, si se establece el control de ciertos bienes, la ausencia de conocimiento de estos bienes sería una cuestión que debería abordarse en cualquier aclaración o defensa presentada por el acusado.³⁵⁶

354 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República en el resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [22].

355 *Roy Sturgeon contra la Reina* [1975] HKLR 677 (citado en I. McWalters SC y otros, *Bribery and Corruption Law in Hong Kong*, LexisNexis, Hong Kong, 2015, p. 409).

356 *Roy Sturgeon contra la Reina* [1975] HKLR 677 en [683].

Cuarta parte

Impugnaciones
legales más
frecuentes contra
las leyes sobre
enriquecimiento
ilícito

Resumen

Las leyes sobre enriquecimiento ilícito suelen suscitar inquietudes en cuanto a su compatibilidad con los principios jurídicos establecidos para garantizar un juicio justo.

La mayoría están relacionadas con el hecho de que a menudo imponen –o parecen imponer– cargas a una persona para que aporte pruebas durante el procedimiento judicial. Quienes impugnan las leyes sobre enriquecimiento ilícito han argumentado que dichas cargas infringen la presunción de inocencia, limitan la capacidad de una persona de guardar silencio en los procedimientos judiciales y la exponen a riesgos de autoincriminación.

Otras inquietudes se basan en el hecho de que algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito puedan aplicarse de forma retroactiva, y puedan utilizarse para abordar la riqueza adquirida por una persona incluso antes de que la propia ley entrara en vigor.

En esta parte se examinará la jurisprudencia existente en relación con tres de las principales cuestiones jurídicas que se han planteado en este contexto:

- ¿Las leyes sobre enriquecimiento ilícito invierten la carga de la prueba de manera arbitraria y vulneran el principio de presunción de inocencia?
- ¿Las leyes sobre enriquecimiento ilícito son compatibles con el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo?
- ¿Las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden aplicarse retroactivamente?

4.1 Leyes sobre enriquecimiento ilícito, inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia

A diferencia de otros mecanismos jurídicos centrados en las ganancias derivadas de un delito, como el lavado de activos o las disposiciones de decomiso sin condena, las leyes sobre enriquecimiento ilícito no exigen que la parte acusadora establezca siquiera un vínculo probable entre los activos en cuestión y un delito “que produzca activos”. Por el contrario, la legislación sobre enriquecimiento ilícito generalmente permite a un tribunal presumir que determinados activos no han procedido de recursos legítimos si no se han presentado pruebas de una cantidad adecuada de ingresos de fuentes legítimas para justificar el valor total de la riqueza.

Además, muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito exigen expresamente que una persona “explique” satisfactoriamente cómo han sido obtenidos determinados activos de fuentes legítimas una vez que el Estado ha establecido que son desproporcionados con respecto a las fuentes de ingresos conocidas de la persona. Por ejemplo, según la ley sobre enriquecimiento ilícito penal de Hong Kong, una persona que mantenga un nivel de vida o controle recursos desproporcionados con respecto a su remuneración pasada o presente será culpable de un delito “a menos que preste una declaración satisfactoria al tribunal sobre cómo pudo mantener dicho nivel de vida o cómo llegaron a su control tales recursos pecuniarios o bienes”.³⁵⁷ Del mismo modo, en el caso de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Kenia, si un tribunal resuelve que el Estado ha demostrado que una persona controla activos de procedencia inexplicable, se le puede exigir que “demuestre al tribunal que los activos se adquirieron de otra manera que no fuera resultado de una conducta corrupta”.³⁵⁸

Estas presunciones de hechos probados sobre el origen de la riqueza de una persona, así como estas obligaciones legales de “explicarla”, se han utilizado a menudo como fundamento para impugnar la legitimidad de diversas leyes sobre enriquecimiento ilícito. Tales impugnaciones alegan que las obligaciones legales invierten la carga de la prueba de manera arbitraria hacia la persona sometida al procedimiento judicial y, en el caso de las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales, que contravienen el principio de presunción de inocencia.

En general, los tribunales de todo el mundo discrepan abrumadoramente en lo que respecta a estas impugnaciones y han sostenido sistemáticamente que las leyes sobre enriquecimiento ilícito, tanto penales como civiles, no imponen cargas arbitrarias a las personas sometidas a los procedimientos judiciales. Así, en el siguiente pasaje se examinará:

- Jurisprudencia que aborde si las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales invierten la carga de la prueba de manera arbitraria y vulneran el principio de presunción de

357 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

358 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Sección 55.

inocencia.

- Jurisprudencia que aborde si las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles invierten la carga de la prueba de manera arbitraria en la parte demandada con respecto a la justificación de las fuentes lícitas de su riqueza.

4.1.1 ¿Vulneran las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba de manera arbitraria?

El principio de presunción de inocencia garantiza que “toda persona acusada de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.³⁵⁹ Como lo explica el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio.³⁶⁰

El principio ha sido consagrado en múltiples instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH),³⁶¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR),³⁶² la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP),³⁶³ la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ACHR),³⁶⁴ el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH),³⁶⁵ la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁶⁶ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.³⁶⁷ Se trata, por tanto, de un principio jurídico casi universal que se ha establecido tanto en las jurisdicciones de derecho anglosajón como en las de derecho civil, y que está expresamente incluido en una gran cantidad de constituciones nacionales.

4.1.1.1 Fundamento de las impugnaciones relacionadas con este asunto

Es una reivindicación común que la legislación sobre enriquecimiento ilícito penal vulnera el principio de la presunción de inocencia. Las impugnaciones por este motivo suelen seguir una línea

359 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14(2).

360 Observación General n.º 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia) CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

361 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 11(1).

362 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14(2).

363 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 7(1)(b).

364 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8(2).

365 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 6(2).

366 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Artículo 48.

367 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 66.

de argumentación similar: que la redacción de una disposición relativa al enriquecimiento ilícito puede dar lugar a la presunción de que determinados activos se obtuvieron a través de fuentes ilícitas, y que esto invierte la carga de la prueba de manera arbitraria en la persona acusada, exigiéndole que presente pruebas, hasta un determinado nivel, que establezcan las fuentes no delictivas de su riqueza.

Quienes impugnan la legislación sobre enriquecimiento ilícito suelen basar sus reivindicaciones en las obligaciones legales contenidas en estas leyes que exigen que una persona acusada proporcione algún tipo de “explicación” satisfactoria sobre el origen de su riqueza antes de que se dicte sentencia –como en el ejemplo de Hong Kong mencionado anteriormente–. Sostienen que estas obligaciones manifiestas contravienen uno de los requisitos fundamentales del principio de presunción de inocencia; es decir, que la responsabilidad de probar los hechos de un delito debe recaer en la parte acusadora.

También se han presentado impugnaciones contra las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales aunque no contengan esta obligación expresa de “explicar”. En esos casos, quienes se oponen argumentan que, aunque la ley no contiene un mecanismo literal de reversión de la responsabilidad, su propia redacción implica que pueden hacerse suposiciones en torno a la naturaleza ilícita de ciertos bienes, lo que de igual modo impone una carga arbitraria sobre el propietario de dichos bienes para probar lo contrario.³⁶⁸

4.1.1.2 Opinión judicial predominante en respuesta a estas impugnaciones: el principio de presunción de inocencia no es absoluto

La mayoría de los tribunales reconocen que las leyes sobre enriquecimiento ilícito en sus jurisdicciones pueden dar lugar a una presunción de que determinados recursos no se han obtenido de forma lícita, y que existe la posibilidad de que a un acusado se le imponga la carga de refutar tal presunción. De forma similar, reconocen que esta presunción y la consiguiente inversión de la carga de la prueba son contrarias al principio de presunción de inocencia. Sin embargo, también consideran que el principio de presunción de inocencia no es de índole absoluta, y que la desviación de este principio que prevalece en las leyes sobre enriquecimiento ilícito es aceptable

368 Por ejemplo, en el caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República que resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [7.3.1], los peticionarios argumentaron que: “la formulación del objeto del delito mediante el uso de una declaración negativa –“bienes que no podrían haber sido adquiridos con ingresos legítimos”– crea inevitablemente una situación en la que la ilegalidad de los ingresos se determina en base a la falta de ingresos percibidos oficialmente y la incapacidad del acusado de proporcionar una explicación verosímil de la suficiencia de tales ingresos para adquirir los bienes que posee. La conclusión sobre la ilegalidad de los ingresos se basa en la suposición de que todo lo que no ha podido ser adquirido por medios lícitos ha sido adquirido ilegalmente. En la justicia penal, esta forma de establecer los hechos puede valorarse como una imposición de la carga de la prueba al acusado y que se basa en supuestos para determinar la culpabilidad de la persona. Esto puede vulnerar el principio de presunción de inocencia, consagrado en el Numeral 1 del Artículo 31 de la Constitución, así como la prohibición de declarar contra sí mismo consolidada en el Numeral 3 del mismo artículo”.

por una serie de razones.

Esta opinión está en consonancia con la jurisprudencia general sobre este asunto –fuera del contexto del enriquecimiento ilícito–, donde se ha establecido que pueden imponerse limitaciones al principio de presunción de inocencia bajo determinadas circunstancias.

La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Salabiaku c. Francia*³⁶⁹ es un precedente clave en este aspecto jurídico. Aquí, el Tribunal examinó una disposición del Código Aduanero francés que presume que una persona en posesión de una maleta importada es legalmente responsable de su contenido no declarado, y evaluó si la presunción contenida en esta ley era incompatible con el principio de presunción de inocencia contenido en el Artículo 6(2) del CEDH. Al determinar que la presunción legal era compatible, el Tribunal sostuvo que el principio de presunción de inocencia no es un derecho absoluto, y no debe considerarse que impide que los ordenamientos jurídicos individuales apliquen una legislación que contenga presunciones refutables de hecho o de derecho, siempre que estas se encuentren dentro de los “límites razonables” y “conserven los derechos de la defensa”.³⁷⁰

Esta posición se ha visto reforzada por las decisiones más recientes del TEDH en los casos *Phillips c. Reino Unido*,³⁷¹ *Falk c. Países Bajos*³⁷² y *Krumpholz c. Austria*.³⁷³ Esta situación se ha reiterado en tribunales nacionales de todo el mundo.³⁷⁴

El caso *Salabiaku c. Francia* se ha citado con frecuencia en los procedimientos judiciales que examinan si los mecanismos de reversión de la responsabilidad contenidos específicamente en las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales son compatibles con el principio de presunción de inocencia.³⁷⁵ Por ejemplo, en el caso del *Fiscal General c. Hui Kin-hong*, el Tribunal de Apelación de Hong Kong trató de determinar si el delito de enriquecimiento ilícito de la jurisdicción podía considerarse una excepción legítima al derecho a la presunción de inocencia descrito en la Ordenanza sobre la Carta de Derechos (*Bill of Rights Ordinance*) de dicho territorio.³⁷⁶ Al determinar que la ley era coherente, el tribunal tomó en especial consideración la sentencia del caso *Salabiaku c. Francia* y convino en que:

369 *Salabiaku c. Francia* (Solicitud n.º 10519/83) TEDH, de 7 de octubre de 1988.

370 *Ibid.*, en [28].

371 *Phillips c. el Reino Unido* (Solicitud n.º 41087/98) TEDH, de 5 de julio de 2001.

372 *Falk c. los Países Bajos* (Solicitud n.º 66273/01) TEDH, de 19 de octubre de 2004.

373 *Krumpholz c. Austria* (Solicitud n.º 13201/05) TEDH, de 18 de marzo de 2010 en [34].

374 Por ejemplo, en *R c. Lambert* [2001] UKHL 37; *Fiscal General c. Lee Kwong-kut* [1993] AC 951; *R c. Johnstone* [2003] 1 WLR 1736.

375 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘*Alsogaray*’, causa n.º 4787 (2005); República de Kenia c. Wesley Mzumara (Caso Penal n.º 47 de 2010); *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227; Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017.

376 [Traducción no oficial] Ordenanza sobre la Carta de Derechos (*Bill of Rights Ordinance*) de Hong Kong, Cap. 383, Sección 8, Artículo 11(1), que establece: “Toda persona acusada de un delito tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Existen situaciones excepcionales en las que es posible, de conformidad con los derechos humanos, justificar cierto grado de desviación del principio por el cual la fiscalía debe probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.³⁷⁷

4.1.1.3 Criterios para justificar una desviación del principio de presunción de inocencia

Si bien *Salabiaku c. Francia* y otros casos han determinado claramente que ciertas leyes pueden ser contrarias al principio de presunción de inocencia, la jurisprudencia hasta la fecha no ha establecido de forma concluyente unos criterios universales para determinar cómo y cuándo esas “desviaciones” o “excepciones” pueden considerarse “razonables”. De hecho, en todo el mundo se han empleado diversos enfoques y criterios para evaluar la validez de las posibles excepciones legales, tomando en consideración uno o más antecedentes comunes.³⁷⁸

Sin embargo, en el contexto específico del enriquecimiento ilícito, los tribunales generalmente se han limitado a cuatro elementos clave que sirven de base para determinar si los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos específicamente en estas leyes constituyen una excepción justificable al principio de presunción de inocencia:

- Si la parte acusadora sigue estando obligada a probar los hechos de la acusación en un procedimiento judicial de conformidad con la ley –lo que en el presente documento se denomina “criterio de la carga principal”–
- Si los hechos probados por la parte acusadora en un procedimiento judicial de conformidad con la ley demuestran racionalmente el hecho presumido –lo que en el presente documento se denomina “criterio de la conexión racional”–.
- Si la excepción impuesta por la ley al principio de presunción de inocencia es de interés público –lo que en el presente documento se denomina “criterio del interés público”–.
- Si los hechos que deben probarse para refutar la presunción se encuentran dentro del conocimiento específico del acusado –lo que en el presente documento se denomina “criterio del conocimiento específico”–;

377 Fiscal General c. Hui Kin-hong [1995] HKCLR 227.

378 Por ejemplo, como se explica en N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, los tribunales de distintas jurisdicciones han aplicado diferentes tipos de “criterios” en este contexto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó una evaluación en dos fases para el caso *Falk c. Países Bajos* (Solicitud n.º 66273/01) TEDH, de 19 de octubre de 2004, según la cual una limitación de la presunción de inocencia puede considerarse compatible si, en primer lugar, persigue un objetivo legítimo y, en segundo lugar, si existe una proporcionalidad entre los medios empleados –que infringen el derecho– y el objetivo que se pretende alcanzar. Siguiendo esta línea, se han establecido otras versiones del criterio de la “proporcionalidad” en Canadá (véase *R c. Oakes* [1986] 1 SCR 103) y Sudáfrica (*S c. Manamela* [2000] 5 LRC 65). Como se explica más adelante en esta sección, la decisión del Consejo Privado del Reino Unido (Privy Council) en el caso *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 también desarrolló otros criterios para valorar posibles infracciones de derechos debido a las presunciones legales.

El enfoque adoptado por los tribunales para evaluar estos criterios se expone en las siguientes secciones.³⁷⁹

4.1.1.3.1 Criterio de la carga principal

Al examinar la legitimidad de las leyes sobre enriquecimiento ilícito, los tribunales suelen evaluar si el Estado conserva la responsabilidad principal de probar la culpabilidad del acusado en cualquier procedimiento judicial en virtud de la ley establecida, a pesar de la existencia de un mecanismo de inversión de la carga de la prueba. Si el tribunal está convencido de que el Estado sigue cargando con la obligación de establecer los “componentes esenciales” o los “hechos fundamentales” de la acusación antes de que se ponga en marcha cualquier mecanismo de este tipo, esto se considerará a menudo una justificación importante para sostener que la ley específica es una desviación aceptable del principio de presunción de inocencia.

Por ejemplo, el Tribunal de Apelación de Hong Kong dio mucha importancia a este antecedente en el caso *Fiscal General c. Hui Kin-hong* al evaluar la validez del mecanismo de inversión de la carga de la prueba contenido en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*).³⁸⁰ Para determinar esta cuestión, el tribunal utilizó un criterio previamente descrito para el caso *Fiscal General c. Lee Kwong-kut*,³⁸¹ en el que el Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*) evaluó si las presunciones realizadas en virtud de la Ordenanza sobre Delitos Sumarios (*Summary Offences Ordinance*) de Hong Kong³⁸² eran excepciones justificables al principio de presunción de inocencia, y sostuvo:

La justificación de [tales excepciones] dependerá, en última instancia, de si sigue siendo principalmente responsabilidad de la fiscalía probar la culpabilidad de un acusado en la medida requerida y de si la excepción se impone razonablemente... Cuanto menos significativa sea la desviación del principio normal, más sencillo será justificar la excepción. Si la fiscalía mantiene

379 Cabe señalar que estos son los criterios que se toman en cuenta sobre todo en el contexto de las leyes sobre enriquecimiento ilícito y que no son los únicos empleados por los tribunales para evaluar la validez de otras disposiciones de inversión de la carga de la prueba en relación con el principio de presunción de inocencia. Por ejemplo, varios tribunales han tomado en cuenta otros antecedentes, que en cierto modo se traslapan, como el hecho de si la inversión de la carga de la prueba está vinculada o no a un elemento del delito que sea esencial para determinar la “culpabilidad”, lo que se considera una limitación muy significativa de la presunción de inocencia. Para un mayor análisis sobre el tema, véase Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission*), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, presentado el 2 de marzo de 2016 en [9.42], así como R. c. Whyte (1988) 51 DLR 4th 481 y R. c. Lambert [2002] 2 AC 545. Además, diversos académicos han analizado si las posibles excepciones de la presunción de inocencia en las leyes sobre enriquecimiento ilícito se considerarían más compatibles si las cargas impuestas al demandado en este tipo de procedimientos judiciales fueran cargas probatorias antes que legales. Dado que las cargas probatorias se consideran menos onerosas para el demandado, hay quienes sugieren que los tribunales deberían ignorar cualquier carga legal aparente en las leyes sobre enriquecimiento ilícito, interpretándola como una carga probatoria y así limitar cualquier posible injerencia en la presunción de inocencia. Para un mayor análisis sobre este asunto, véase N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, p.13 y Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission*), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, presentado el 2 de marzo de 2016 en [9.12].

380 [Traducción no oficial] Capítulo 201 de la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) de 1971 (China: Hong Kong), Sección 10.

381 *Fiscal General c. Lee Kwong-kut* [1993] AC 951.

382 Cap. 228 Ordenanza sobre Delitos Sumarios (*Summary Offences Ordinance*) (1933) (China: Hong Kong).

la responsabilidad de probar los componentes esenciales del delito, es menos probable que una excepción se considere inaceptable. Las cláusulas de la disposición legal pertinente cobran mayor importancia al momento de decidir cuáles son estos componentes esenciales. Sin embargo, el elemento decisivo será el fundamento y la naturaleza de las cláusulas que tipifiquen el delito, más que su forma.³⁸³

Al evaluar estos antecedentes en el contexto de la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong, el Tribunal de Apelación trató de determinar los “componentes esenciales” que un fiscal estaba obligado a probar en virtud de esta ley a fin de generar una presunción contra el acusado, y si estas obligaciones satisfacían o no el razonamiento anterior.

Para ello, el tribunal siguió la decisión de otro caso del Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*), *Fiscal General c. Ho Pui-yiu*,³⁸⁴ y determinó que la ley sobre enriquecimiento ilícito obliga a un fiscal a probar lo siguiente:

Una vez probada la cuantía de los recursos pecuniarios y otros activos bajo el control del acusado en la fecha [de la acusación], la fiscalía debe proseguir con la prueba de su remuneración total hasta la misma fecha y, por último, debe establecer que existe una desproporción entre ambas cantidades. La palabra “desproporción” transmite la idea de que la adquisición del total de los activos bajo el control del acusado no podía razonablemente, tomando en cuenta todas las circunstancias, haberse realizado con el total de su remuneración hasta esa fecha.³⁸⁵

Al tomar esto en cuenta, el tribunal llegó a la conclusión de que los componentes que el fiscal debía probar para activar el mecanismo de inversión de la carga de la prueba iban más allá de lo que probablemente sería una “formalidad en la mayoría de los casos” y que también eran de naturaleza lo suficientemente “compleja” como para justificar una excepción.³⁸⁶

La India también le ha dado un peso importante a esta cuestión. En un contexto más amplio, la Corte Suprema de la India ha sostenido en múltiples ocasiones que puede haber excepciones al principio de presunción de inocencia, y que pueden aplicarse permisiblemente mecanismos de inversión de la carga de la prueba a un acusado bajo determinadas circunstancias.³⁸⁷ Sin embargo, una condición fundamental para la aplicación de tales mecanismos es que la fiscalía debe seguir teniendo la responsabilidad de probar los “hechos” de la acusación.³⁸⁸

Este razonamiento también se ha aplicado específicamente a los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de la Ley

383 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 en [232] citando el caso del *Fiscal General c. Lee Kwong-kut* [1993] AC 951 at [969G]-[970B].

384 *Fiscal General c. Ho Pui-yiu* [1981] HKLR 110.

385 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 en 233-234 que hace referencia a *Fiscal General c. Ho Pui-yiu* [1981] HKLR 110 en la p.112 F-H.

386 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 en 234. Por supuesto, cabe señalar que también se tomaron en cuenta otros antecedentes, que también se analizan en esta sección.

387 Por ejemplo, véase *Noor Aga c. el estado de Punjab & Anr* de 9 de julio de 2008; *Krishna Janardhan Bhat c. Dattatraya G. Hegde* de 11 de enero de 2008.

388 *Estado de Maharashtra c. Dnyaneshwar Laxman Rao Wankhede* de 29 de julio de 2009; *Noor Aga c. el estado de Punjab Punjab & Anr* de 9 de julio de 2008.

de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de la India. Por ejemplo, en el caso *Vasant Rao Guhe c. el estado de Madhya Pradesh*,³⁸⁹ Amitava Roy J sostuvo que “...incluso en un caso en el que la carga recae sobre el acusado, la fiscalía debe probar primero los hechos” y que estos deben establecerse “más allá de toda duda razonable”.³⁹⁰

La Corte Suprema de Pakistán también ha adoptado este tipo de interpretación en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito contenidas en la Ordenanza Nacional de Rendición de Cuentas (*National Accountability Ordinance*) de su jurisdicción.³⁹¹

En el caso *Syed Qasim Shah c. el Estado*,³⁹² la Corte reconoció que la presunción y la inversión de la carga de la prueba que se desprenden de la redacción de estas disposiciones constituían una “excepción” a la presunción de inocencia. No obstante, la Corte sostuvo que esta excepción estaba justificada, ya que la inversión de la carga de la prueba solo se activa una vez que la fiscalía cumple con una “carga de la prueba *prima facie*” para presentar un caso “razonable” contra el acusado.³⁹³ El tribunal citó el razonamiento de un caso anterior, *Rehmat c. el Estado*,³⁹⁴ que establecía lo siguiente:

Solo después de que la fiscalía haya conseguido, con las pruebas que ha aportado, hacer una inferencia razonable de la culpabilidad del acusado, a menos que esta sea refutada, entra en juego esta sección. El acusado tiene la posibilidad de negar la inferencia mediante la prueba de algunos hechos bajo su conocimiento específico. Sin embargo, si la fiscalía no logra probar los componentes esenciales del delito, no invierte en el acusado la obligación de demostrar su inocencia.³⁹⁵

El caso de la *República de Malawi c. Wesley Mzumara*, también estableció la validez de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de la Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) de Malawi.³⁹⁶ En su decisión, el magistrado presidente Usiwa Usiwa señaló que el concepto de inversión de la carga de la prueba en circunstancias excepcionales ya había sido reconocido en Malawi en la decisión de la Corte Suprema para el caso *Malombe c. Rep.*³⁹⁷ De acuerdo con esto, sostuvo que la disposición relativa al enriquecimiento ilícito también podía considerarse una excepción legítima siempre que la fiscalía demostrara, más allá de toda duda razonable, que el acusado “tenía el

389 *Vasant Rao Guhe c. el estado de Madhya Pradesh* (Apelación en materia penal n.º 1279 de 2017).

390 *Ibid.*, en [21].

391 [Traducción no oficial] Ordenanza Nacional de Rendición de Cuentas (*National Accountability Ordinance*) (XVIII de 1999) (Pakistán), Secciones 9(a)(v), 14.

392 *Syed Qasim Shah c. el Estado* 2009 SCMR 790.

393 *Syed Qasim Shah c. el Estado* 2009 SCMR 790 citando a *Khan Asfandyar Wali c. la Federación de Pakistán* PLD 2001 SC 607.

394 *Rehmat c. el Estado* PLD 1977 SC 515.

395 *Syed Qasim Shah c. el Estado* 2009 SCMR 790 citando *Rehmat c. el Estado* PLD 1977 SC 515.

396 [Traducción no oficial] Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*) de 1995 (enmendada en 2004) (Malawi), Sección 32.

397 *Malombe c. Rep* [1993] 16 (2) MLR 561.

control *prima facie*” de bienes desproporcionados.³⁹⁸

4.1.1.3.2 Criterio de la conexión racional

El criterio de la “conexión racional” también ha sido empleado por diversos tribunales para valorar si determinadas presunciones legales suponen desviaciones admisibles del principio de presunción de inocencia.

Este criterio requiere que un tribunal determine si el hecho que se presume que desencadena la inversión de la carga de la prueba –por ejemplo, que la riqueza de una persona no se ha obtenido legalmente– es una conclusión racional que puede extraerse de los hechos que ya se han probado –por ejemplo, que el valor de estos activos es desproporcionado con respecto a los ingresos de fuentes legítimas de la persona–.

Este tipo de criterios no son exclusivos del contexto del enriquecimiento ilícito y han sido empleados por los tribunales para evaluar la justificación de otros tipos de presunciones desde hace más de un siglo. Por ejemplo, una de las primeras decisiones en hacer referencia a este tipo de evaluación puede verse en el caso de la Corte Suprema de EE. UU. de *Mobile, Jackson y Kansas City R. Co. contra Turnipseed*³⁹⁹. En este caso civil, se solicitó a la Corte que determinara si la prueba de una lesión infligida debido al funcionamiento de una locomotora podía considerarse una prueba *prima facie* de negligencia por parte de los empleados de la empresa ferroviaria sin afectar al debido proceso judicial. La Corte sostuvo lo siguiente:

Para que una presunción legislativa de un hecho a partir de la prueba de otro no pueda constituir una denegación del debido proceso judicial o de la igual protección de la ley, únicamente es esencial que haya alguna conexión racional entre el hecho probado y la presunta prueba definitiva, y que la inferencia de un hecho a partir de la prueba de otro no sea tan poco razonable como para constituir un mandato arbitrario.⁴⁰⁰

El fundamento de este caso civil se confirmó posteriormente en un contexto de derecho penal en el caso *Tot c. Estados Unidos*,⁴⁰¹ en el que el tribunal consideró un argumento según el cual la posesión no registrada de un arma de fuego por parte de una persona en un estado –en el que normalmente se registra la propiedad de las armas de fuego– podría dar lugar a una presunción de que tal arma fue adquirida en otro estado. El tribunal en este caso sostuvo que la presunción no era admisible, ya que no satisfacía una evaluación de conexión racional, señalando que existían muchas otras fuentes no interestatales a partir de las que una persona podría adquirir el arma de fuego. Al aplicar la evaluación, el tribunal destacó que la conclusión relativa a una conexión racional puede extraerse de la práctica común:

398 República de Kenia contra Wesley Mzumara (Caso Penal N.º 47 de 2010).

399 *Mobile, Jackson y Kansas City R. Co. contra Turnipseed*, 219 U.S. 35 (1910).

400 *Ibid.*, en [43].

401 *Tot c. Estados Unidos*, 319 U.S. 463 (1943).

Derivado de nuestras decisiones, no es posible sostener una presunción legal si no existe una conexión racional entre el hecho probado y la presunta prueba definitiva, ni si la inferencia de uno a partir de la prueba del otro es arbitraria debido a la falta de conexión entre ambos en la práctica común.⁴⁰²

Esta decisión nuevamente se vio reforzada por el caso *Leary c. Estados Unidos*,⁴⁰³ en el que se sostuvo además que:

...una presunción legal de carácter penal debe considerarse “irracional” o “arbitraria” y, por tanto, inconstitucional, salvo que pueda garantizarse que el hecho se desprende con mayor probabilidad que no del hecho probado del que se hace depender.⁴⁰⁴

Además de lo visto en Estados Unidos, los fundamentos de estos casos fueron confirmados por el Comité Judicial del Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*) en el caso de Hong Kong del *Fiscal General c. Lee Kwong-kut*, en el cual se citó el pasaje antes mencionado de *Leary c. Estados Unidos* al evaluar la validez de las presunciones en virtud de la Ordenanza sobre Delitos Sumarios (*Summary Offences Ordinance*) de Hong Kong.⁴⁰⁵ En el contexto del enriquecimiento ilícito, la cita de *Leary c. Estados Unidos* por parte del Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*) fue un antecedente clave en la posterior decisión del caso del *Fiscal General c. Hui Kin-hong* mencionada anteriormente. En este caso, el Tribunal de Apelación de Hong Kong siguió la argumentación establecida en el caso del *Fiscal General contra Lee Kwong-kut* y confirmó que el principio de conexión racional también debía constituir un antecedente clave al evaluar si la “excepción” de la presunción de inocencia contenida en la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong era justificable:

...Si la excepción exige que se presuman determinadas cuestiones hasta que se demuestre lo contrario, será difícil justificar tal presunción, “salvo que pueda garantizarse que el hecho que se presume se desprende con mayor probabilidad que no del hecho probado del que se hace depender” tal como señala la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Leary c. Estados Unidos* (1969) 23 L Ed (2d) 57, 82.⁴⁰⁶

De acuerdo con esta argumentación, el tribunal sostuvo que si el Estado es capaz de probar un nivel de desproporción entre la riqueza de la persona acusada y su remuneración “sin causa justificada dadas las circunstancias”, entonces ello será suficiente para justificar una presunción aceptable contra dicha persona.⁴⁰⁷

El criterio de la conexión racional también se ha empleado en otras jurisdicciones para evaluar sus propias leyes sobre enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, en el caso de la *República de Malawi*

402 Ibid., en [468].

403 *Leary c. Estados Unidos* 395 US 6 (1969).

404 Ibid., en [36].

405 Cap. 228 Ordenanza sobre Delitos Sumarios (*Summary Offences Ordinance*) (1933) (China: Hong Kong).

406 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 en [232] citando el caso del *Fiscal General c. Lee Kwong-kut* [1993] AC 951 en 969G-970B.

407 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227 en [234].

c. *Wesley Mzumara*, el tribunal destacó que “debe demostrarse que existe una conexión racional entre el hecho probado de la acumulación de bienes por parte de la persona acusada y el hecho presumible de que estos se obtuvieron de forma corrupta o, al menos, en infracción general de la Ley sobre Prácticas Corruptas (*Corrupt Practices Act*)”.⁴⁰⁸ Además, si bien no menciona el criterio por su nombre, el Tribunal Supremo de Uganda aplicó una lógica similar al criterio de la conexión racional en el caso de *Uganda c. B.D Wandera* al determinar que era válido realizar una inferencia según la cual una persona se había enriquecido ilícitamente si se establecía que los activos que poseía eran desproporcionados con respecto a sus ingresos.⁴⁰⁹

4.1.1.3.3 Criterio del interés público

Podría decirse que una de las cuestiones más importantes que toman en cuenta los tribunales al determinar la legitimidad de las excepciones del principio de presunción de inocencia es si la desviación atiende a la protección de un interés social más amplio. Estos suelen debatir en profundidad la dificultad de intentar alcanzar el “equilibrio” señalado en *Salabiaku c. Francia* entre tomar en cuenta “la importancia de lo que está en juego” y “mantener los derechos de la defensa”.⁴¹⁰

Por ejemplo, en *R contra Johnstone*,⁴¹¹ la Cámara de los Lores del Reino Unido sostuvo lo siguiente:

Identificar los requisitos de un equilibrio razonable no es tan fácil como podría parecer. Estamos hablando de equilibrar elementos incommensurables. La parte más compleja es la paradoja señalada por Sachs J en el Estado c. Coetzee [1997] 2 LRC 593, 677, Numeral 220: cuanto más grave el delito y mayor el interés público en garantizar la condena de los culpables, más importante es la protección constitucional del acusado. Ante esta paradoja, todo lo que puede decirse es que para que la inversión de la carga de la prueba sea justificable debe haber una razón de peso por la que sea justo y razonable negar a la persona acusada la protección que normalmente garantiza la presunción de inocencia.⁴¹²

En consonancia con este planteamiento, los tribunales de todo el mundo han tratado de dilucidar si el objetivo subyacente a una inversión de la carga de la prueba es lo suficientemente “convinciente” y redundante en el interés público como para justificar una excepción del principio de presunción de inocencia.

Por ejemplo, en el célebre caso de la Corte Suprema de Canadá de *R contra Oakes*,⁴¹³ la Corte debatió la limitación del principio de presunción de inocencia que supone la inversión de la responsabilidad en la Ley de Control de Estupefacientes de Canadá (*Canadian Narcotic Control*

408 República de Kenia contra Wesley Mzumara (Caso Penal N.º 47 de 2010).

409 Uganda c. B.D Wandera HCT-00-AC-SC-0012/2014.

410 Salabiaku c. Francia (Solicitud n.º 10519/83) TEDH, 7 de octubre de 1988, en [28].

411 R c. Johnstone [2003] 1 WLR 1736.

412 Ibid., en [49].

413 R c. Oakes [1986] 1 SCR 103.

Act)⁴¹⁴, según la cual un tribunal puede presumir que una persona a la que se ha encontrado en posesión de un estupefaciente estaba en posesión de dicha sustancia con el fin de traficar con ella. La Corte determinó que un criterio clave para evaluar si dicha presunción es “suficiente y está justificada de forma demostrable en una sociedad libre y democrática” es que su objetivo principal:

...debe ser lo suficientemente importante como para justificar la anulación de un derecho o libertad protegidos por la Constitución. El estándar debe ser lo suficientemente alto como para garantizar que los objetivos triviales o discordantes con los principios de una sociedad libre y democrática no obtengan protección. Como mínimo, un objetivo debe estar relacionado con inquietudes sociales que sean apremiantes y sustanciales en una sociedad libre y democrática antes de que pueda calificarse como suficientemente importante.⁴¹⁵

En este caso, la Corte sostuvo que “la protección de la sociedad frente a los graves perjuicios del tráfico ilícito de drogas” podría justificar tal limitación del principio de presunción de inocencia –aunque la limitación en este caso concreto no se consideró justificable porque no cumplía con otra cuestión clave: el criterio de la conexión racional–.⁴¹⁶

Existen otros casos en los que las presunciones se han considerado aceptables. Por ejemplo, en el caso de *R c. Johnstone* mencionado anteriormente, la Cámara de los Lores consideró que el interés público con respecto al resguardo del sistema de protección de marcas comerciales justificaba una limitación del principio de presunción de inocencia. Además, en el caso posterior de *Sheldrake c. el Director del Ministerio Público*,⁴¹⁷ la Cámara de los Lores también sostuvo que las inversiones de la carga de la prueba relativas a la conducción bajo los efectos del alcohol podían estar justificadas por el interés público general de prevenir “la muerte, las lesiones y los daños causados por conductores no aptos”.⁴¹⁸

En el contexto de las leyes sobre enriquecimiento ilícito –y especialmente en las que se dirigen a funcionarios públicos–, los tribunales han examinado si los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en estas leyes están justificados por el interés público de combatir la corrupción.

Por ejemplo, en el caso del *Fiscal General contra Hui Kin-hong*, Bokhary JA tomó en consideración la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos de los acusados de corrupción y la protección de las víctimas de la corrupción –es decir, la sociedad–:

Si la ley solo protegiera a las personas acusadas de corrupción, mas no a los ciudadanos en general de los daños y peligros de la corrupción, entonces estaría negando la garantía de

414 [Traducción no oficial] Ley de Control de Estupefacientes (*Narcotic Control Act*) RSC 1970 (Canadá), Sección 4(2).

415 *R c. Oakes* [1986] 1 SCR 103, en [76].

416 El tribunal sostuvo que no existía “ninguna conexión racional entre el hecho básico de la posesión y el hecho presunto de la posesión con fines de tráfico” y que “la posesión de una cantidad pequeña o insignificante de estupefacientes no respalda la inferencia de tráfico ilícito de drogas”.

417 *Sheldrake c. el Director del Ministerio Público* [2004] UKHL 43.

418 *Ibid.*, en [41].

igualdad ante la ley.

Cuando dos imperativos de un ordenamiento jurídico chocan entre sí, optar por sacrificar uno por el otro no es una opción. Tampoco lo es hacer concesiones en ambos. Es necesario encontrar un equilibrio satisfactorio que funcione en la práctica. Puede que no sea fácil hacerlo. Pero debe hacerse si una sociedad quiere ser verdaderamente segura y libre.⁴¹⁹

En su razonamiento posterior, Bokhary JA destacó además las dificultades específicas a las que se enfrentan quienes luchan contra la corrupción para justificar la inversión de la carga de la prueba en la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong:

En lo que respecta a la corrupción, puede verse fácilmente la necesidad –siempre dentro de lo razonable– de poderes especiales de investigación y disposiciones tales como las que exigen que el acusado proporcione una explicación. Los actos específicos de corrupción son intrínsecamente difíciles de detectar y son aún más complejos de probar de forma habitual. La verdadera víctima, la sociedad en su conjunto, suele ignorar las ocasiones concretas en las que ha sido objeto de esta vulneración. Y, a diferencia de lo que ocurre en casos como los de narcóticos, no hay un producto obviamente ilícito, como las drogas en sí mismas, que los delincuentes puedan tener en su poder... No hay nada arbitrario en lo que se exige a un acusado en este caso.⁴²⁰

En consecuencia, el tribunal sostuvo que las disposiciones de inversión de la responsabilidad contenidas en la ley sobre enriquecimiento ilícito de Hong Kong eran válidas en vista del interés público general y de la particular naturaleza indetectable de los propios actos de corrupción.

En el caso *N. Pasupathy contra el Estado*⁴²¹, el Tribunal Supremo de Madrás (India), también examinó brevemente la cuestión de la inversión de la carga de la prueba contenida en la ley sobre enriquecimiento ilícito de la India. El tribunal citó el razonamiento de una decisión anterior de la Corte Suprema de la India, *M. Narayanan Nambiar c. el estado de Kerala*,⁴²² y destacó que la inversión de la responsabilidad en la prevención de la corrupción podía interpretarse como “una medida socialmente útil concebida en [el] interés público”.⁴²³

4.1.1.3.4 Criterio del conocimiento específico

Cuando se trata de evaluar la validez de la inversión de la carga de la prueba, algunos tribunales del mundo han otorgado también considerable importancia al hecho de que una carga inversa exija al acusado que pruebe elementos que están particularmente en su propio conocimiento.

Por ejemplo, en el caso *R c. Johnstone*, la Cámara de los Lores del Reino Unido tomó en consideración la “medida en que la carga que recae sobre el acusado está relacionada con

419 Fiscal General c. Hui Kin-hong [1995] HKCLR 227.

420 Ibid.

421 N. Pasupathy c. el Estado 2018 (1) MLJ (CrI) 745.

422 M. Narayanan Nambiar c. el estado de Kerala (1963) Supl. 2 SCR 724.

423 N. Pasupathy c. el Estado 2018 (1) MLJ (CrI) 745 en [212]. Obsérvese que la ley sobre enriquecimiento ilícito de la India es la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*) de 1988, que sustituyó a una disposición anterior relativa al enriquecimiento ilícito de la Ley de Prevención de la Corrupción de 1947.

hechos“ que son “fácilmente demostrables por él como asuntos de su propio conocimiento o a los que tiene fácil acceso” en su evaluación de una inversión de la carga de la prueba realizada en virtud de la Ley de Marcas (*Trade Marks Act*) del Reino Unido.⁴²⁴

Además, en el caso *R c. Oakes*, la Corte Suprema de Canadá subrayó que es difícil justificar una presunción si esta impone al acusado la carga de probar un hecho que “no puede esperarse razonablemente que pruebe, por estar más allá de su conocimiento o por estar más allá de lo que razonablemente puede esperarse que sepa...”.⁴²⁵

En el contexto del enriquecimiento ilícito, este también fue un antecedente destacado en el caso del *Fiscal General c. Hui Kin-hong*:

¿Qué tiene que hacer el acusado para prestar una declaración satisfactoria sobre cómo pudo mantener un nivel de vida inconmensurable o sobre cómo llegaron a su control recursos pecuniarios o bienes desproporcionados? En condiciones normales, los hechos primarios en los que se basaría la explicación del acusado, como la existencia de cualquier capital o ingreso suyo independiente de su remuneración, serían de su propio conocimiento. Y es él quien debería probar tales hechos mediante un mero balance de probabilidades.

Esta posición es normal cuando se trata de presunciones. Y, como hemos señalado, las presunciones no son en absoluto invariablemente incompatibles con los derechos humanos.⁴²⁶

Esto también fue un antecedente en el caso de *K. Veeraswami c. la Unión de la India y otros*,⁴²⁷ en el que la Corte Suprema de la India evaluó la legitimidad de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de la Ley de Prevención de la Corrupción (*Prevention of Corruption Act*):

Este procedimiento puede ser contrario al conocido principio de la jurisprudencia penal establecido en *Woolmington c. el Director del Ministerio Público*, [1935] A.C. 462, según el cual la carga de la prueba recae siempre en la fiscalía y nunca se traslada a la persona imputada. Sin embargo, el Parlamento posee la competencia de hacer recaer la carga de la prueba de ciertos hechos sobre el acusado, y en particular en aspectos “especialmente de su conocimiento”...no puede esperarse que la fiscalía conozca los asuntos de un funcionario público que se encuentra en posesión de recursos desproporcionados con respecto a sus fuentes de ingresos conocidas. Es él quien debe explicarlo. Un estatuto de este tipo que impone una carga al acusado no puede considerarse arbitrario, injusto o inequitativo.⁴²⁸

No obstante, cabe señalar que, en un contexto más amplio, algunos tribunales también han puesto de manifiesto su preocupación ante el hecho de basarse únicamente en el criterio del conocimiento específico para valorar la validez de una presunción legal en casos penales. Por ejemplo, en el caso ya mencionado de *Tot c. Estados Unidos*, la Corte Suprema de EE. UU. sugirió que, si bien

424 [Traducción no oficial] Ley de Marcas (*Trade Marks Act*) de 1994 (Reino Unido), Sección 92.

425 *R c. Oakes* [1986] 1 SCR 103 en [39] citando *R c. Shelley* [1981] 2 S.C.R. 196.

426 *Fiscal General c. Hui Kin-hong* [1995] HKCLR 227.

427 *K. Veeraswami c. la Unión de la India y otros* 1991 SCR (3) 189.

428 *Ibid.*

la “conveniencia comparativa de presentar pruebas” debería tomarse en consideración, el hecho de que “el acusado tenga un mejor medio de información” no puede justificar la creación de una presunción por sí misma:

En todos los casos penales, el acusado tiene, como mínimo, el mismo conocimiento de los hechos y, en la mayoría de los casos, un mayor conocimiento de estos que la fiscalía. Por lo tanto, podría argumentarse que sería adecuado hacer recaer la carga de prueba sobre todos los acusados en los procedimientos penales. Pero se trata de un planteamiento excesivo. Si gozara de solidez, el legislador podría disponer válidamente que el fallo de una acusación, o la mera prueba de la identidad del acusado, constituyera una presunción de la existencia de todos los hechos probados. Esto es inadmisibile.⁴²⁹

En cambio, la Corte sostuvo que este asunto debe fungir como una examinación “corolaria” del criterio de la conexión racional mencionado anteriormente.⁴³⁰

4.1.1.4 Una perspectiva alternativa: La carga de la prueba no se invierte nunca, por lo que no existe una vulneración de derechos

Una interpretación alternativa de esta cuestión la ofrecen los tribunales lituanos y argentinos. En lugar de justificar las presunciones en sus leyes sobre enriquecimiento ilícito como limitaciones aceptables del derecho a la presunción de inocencia, estos tribunales han sostenido, en cambio, que sus leyes no vulneran en absoluto tales derechos, ya que realmente no invierten la carga de la prueba en ningún momento.

En el *caso n.º KT4-N3/2017*, se solicitó a la Corte Constitucional de Lituania que examinara si el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el Artículo 189.1 del Código Penal (CP) vulneraba el derecho a la presunción de inocencia recogido en la Constitución lituana.⁴³¹ A pesar de tomar en consideración la jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión –incluida la decisión de *Salabiaku c. Francia*–, la Corte adoptó un enfoque totalmente diferente y sostuvo que la ley era compatible con el principio de presunción de inocencia puesto que nunca invierte realmente la carga de la prueba en la persona acusada. Durante el procedimiento judicial, los peticionarios habían argumentado que las disposiciones eran inconstitucionales por los siguientes motivos:

...la formulación del objeto del delito mediante el uso de una declaración negativa –“bienes que no podrían haber sido adquiridos con ingresos legítimos”– crea inevitablemente una situación en la que la ilegalidad de los ingresos se determina en base a la falta de ingresos percibidos oficialmente y la incapacidad del acusado para proporcionar una explicación verosímil de la suficiencia de tales ingresos para adquirir los bienes que posee. La conclusión sobre la ilegalidad

429 Tot c. Estados Unidos, 319 U.S. 463 (1943) en 467-469.

430 Ibid., en 467

431 El artículo 31 de la Constitución de la República de Lituania –adoptada por los ciudadanos de la República de Lituania en el referéndum del 25 de octubre de 1992– estipula lo siguiente: “Se presume que una persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y se declare su culpabilidad mediante una sentencia judicial efectiva”.

de los ingresos se basa en la suposición de que todo lo que no ha podido ser adquirido por medios lícitos ha sido adquirido ilegalmente. En la justicia penal, esta forma de establecer los hechos puede valorarse como una imposición de la carga de la prueba al acusado y que se basa en supuestos para determinar la culpabilidad de la persona. Esto puede vulnerar el principio de presunción de inocencia...⁴³²

En respuesta, el representante del Seimas de la República de Lituania⁴³³ argumentó que no se vulnera el derecho de presunción de inocencia, ya que no es responsabilidad del acusado fundamentar la licitud de los bienes en cuestión. En cambio, es responsabilidad del fiscal demostrar la imposibilidad de la legalidad de la propiedad:

La formulación “bienes que no pueden explicarse razonablemente en relación con los ingresos legítimos”... no significa que una persona deba intentar justificar la legalidad de la adquisición de los bienes, sino que el fiscal debe probar la imposibilidad de la legalidad de tal adquisición. El simple hecho de que, al aplicar el Artículo 189 del CP, los fiscales deban probar circunstancias algo diferentes a las habituales –en la mayoría de los casos, el fiscal debe probar que los hechos o acciones han tenido lugar, mientras que en el caso del enriquecimiento ilícito, debe probar la imposibilidad de que la adquisición de los bienes haya sido lícita–, significa que no hay motivos para afirmar que se vulnera el principio de presunción de inocencia.⁴³⁴

La Corte convino en que el delito de enriquecimiento ilícito no infringe el principio de presunción de inocencia, puesto que “no invierte la carga de la prueba a una persona sospechosa –acusada– de enriquecimiento ilícito”.⁴³⁵ En su decisión, la Corte señaló que las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de Lituania estipulan específicamente que la responsabilidad de probar un delito de enriquecimiento ilícito es deber del fiscal. En consecuencia, la Corte concluyó que un acusado “no tiene la obligación de probar la legitimidad de su enriquecimiento” y “no está obligado a aportar pruebas ni a demostrar que el delito previsto en el Numeral 1 del Artículo 189 del CP no se ha cometido y que no es culpable de su comisión, pero tiene derecho a hacerlo en el ejercicio de su defensa”.⁴³⁶

En Argentina, el caso *Alsogaray* examinó si la ley sobre enriquecimiento ilícito del país vulneraba una serie de derechos, incluido el principio de presunción de inocencia, y sostuvo que no se advierte que el artículo pertinente del Código Penal “implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento”, ya que “la prueba del enriquecimiento en tal

432 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [7.3.1].

433 El poder legislativo de la República de Lituania.

434 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República que resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [8.3].

435 *Ibid.*, en [39.3].

436 *Ibid.*, en [20], [22], [39.1].

sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado”.⁴³⁷

Al aclarar su posición, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que el enriquecimiento ilícito debe considerarse un delito de “comisión” y no de “omisión”, y que la responsabilidad de probar los elementos del delito sigue recayendo en el fiscal:

... debemos tener en cuenta que estamos ante un delito de comisión, consistente en enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública y no -como pretende la defensa- ante un delito de omisión, consistente en ‘no justificar un enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido’.⁴³⁸

El tribunal concluyó que:

El principio de inocencia... quedan incólumes, en tanto el imputado es inocente mientras no se pruebe lo contrario y esa prueba de culpabilidad queda siempre en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que al momento del requerimiento ya debe contar con los elementos de cargo que dan cuenta de la existencia de un enriquecimiento apreciable, que *prima facie*, no se encuentra justificado en los ingresos legítimos del funcionario.⁴³⁹

4.1.1.5 Opinión disidente: Las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales sí vulneran la presunción de inocencia

A nivel internacional, varios países han planteado oficialmente preocupaciones relacionadas con la presunción de inocencia respecto a la compatibilidad de las obligaciones de enriquecimiento ilícito dispuestas en los tratados. Por ejemplo, en relación con la CICC, tanto Canadá como EE. UU. se reservaron el derecho a no aplicar el Artículo IX sobre la penalización del enriquecimiento ilícito por considerar que dicha ley vulneraría la presunción de inocencia garantizada en sus respectivas

437 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (9 de junio de 2005) (Fragmento original: ‘Teniendo en cuenta todo lo antes referido, no se advierte que el artículo 268 (2) del Código Penal implique o defina una inversión de la carga de la prueba poniendo en cabeza del sospechado el deber de demostrar su inocencia mediante la justificación de la procedencia del enriquecimiento, porque lo cierto es que la prueba del enriquecimiento en tal sentido injustificado corresponde al órgano jurisdiccional y al Ministerio Público Fiscal, quienes no son sustituidos en esa carga por el imputado.’). Obsérvese que este caso se confirmó en una apelación en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ‘Alsogaray’, Fallos 331:2799 (2008).

438 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘Para aclarar este punto, debemos tener en cuenta que estamos ante un delito de comisión, consistente en enriquecerse de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública y no -como pretende la defensa- ante un delito de omisión, consistente en ‘no justificar un enriquecimiento considerable al ser debidamente requerido.’).

439 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘El principio de inocencia, y su importante correlato procesal -el *in dubio pro reo*-, quedan incólumes, en tanto el imputado es inocente mientras no se pruebe lo contrario y esa prueba de culpabilidad queda siempre en cabeza del Ministerio Público Fiscal, que al momento del requerimiento ya debe contar con los elementos de cargo que dan cuenta de la existencia de un enriquecimiento apreciable, que *prima facie*, no se encuentra justificado en los ingresos legítimos del funcionario.’).

constituciones.⁴⁴⁰

No obstante, a nivel nacional no existe jurisprudencia significativa que respalde la idea de que las leyes sobre enriquecimiento ilícito vulneran la presunción de inocencia. Por ejemplo, en el caso *n.º 1-135/2018(5846/17)*,⁴⁴¹ la Corte Constitucional de Ucrania declaró que las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito contenidas en el Artículo 368.2 del Código Penal eran inconstitucionales por varias razones, entre ellas que vulneraban el principio de presunción de inocencia. También cabe señalar que esta decisión no estuvo exenta de controversia e incluso dio lugar a acusaciones de corrupción judicial.⁴⁴²

No obstante, en su decisión, la Corte dictaminó que no era posible “restringir” o “anular” la garantía proporcionada por el principio de presunción de inocencia en la Constitución ucraniana y que, al permitir la “transferencia de funciones” del Estado a un acusado, las leyes sobre enriquecimiento ilícito no eran compatibles con la Constitución.⁴⁴³

La tipificación legislativa del enriquecimiento ilícito como delito, siempre y cuando la fiscalía se vea imposibilitada de cumplir con su obligación de reunir pruebas suficientes de la legalidad de los motivos de adquisición de bienes por parte de una persona, hace posible transferir dicho deber de la fiscalía (el Estado) a la defensa (el sospechoso o acusado), lo cual es inaceptable en

440 Estados Unidos declaró que firmaría con sujeción a los siguientes acuerdos: ‘...Los Estados Unidos de América pretenden brindar asistencia y cooperación a los otros Estados Partes, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo IX de la Convención, hasta donde le permita su legislación interna. Los Estados Unidos reconocen la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios públicos, y cuenta con leyes penales para impedir o castigar tal conducta. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras veraces, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. También permite el enjuiciamiento de los funcionarios públicos del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el Artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a tipificar un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el Artículo IX de la Convención’. Canadá declaró de forma similar: ‘El Artículo IX dispone que es obligación de un Estado Parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Como el delito contemplado en el Artículo IX obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá, este país no aplicará el Artículo IX tal como dispone este Artículo’. (véase: OEA, B-58 Firmas y Ratificaciones, Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion_firmas.asp, consultado el 10 de diciembre de 2020).

441 Caso N.º 1-135/2018 (5846/17), Decisión de la Corte Constitucional de Ucrania sobre la petición constitucional de 59 diputados de dicho país respecto a la conformidad del Artículo 368.2 del Código Penal Nacional con la Constitución de Ucrania (26 de febrero de 2019); una traducción no oficial en inglés de la decisión de la Corte Constitucional está disponible en: <http://web.ccu.gov.ua/en/docs/2541>.

442 La naturaleza de esta decisión provocó que el mismo organismo anticorrupción de Ucrania, la Oficina Nacional Anticorrupción, publicara una declaración en la que alegaba que la decisión tenía “motivaciones políticas” (véase: ‘Abolition of “Illegal enrichment” article is a step back in the Ukrainian anti-corruption reform’, Oficina Nacional Anticorrupción, 27 de febrero de 2019, <https://nabu.gov.ua/en/novyny/abolition-illegal-enrichment-article-step-back-ukrainian-anti-corruption-reform>, consultado el 20 de marzo de 2021). En el momento de la publicación, cuatro magistrados de la Corte se enfrentan a una investigación penal, mientras el país se encuentra envuelto en una crisis constitucional tras las posteriores decisiones de la Corte relacionadas con declaraciones de bienes y una ley sobre enriquecimiento ilícito modificada (véase: E. Channel-Justice, ‘The Nature of Ukraine’s Constitutional Crisis Explained’, Harvard University Ukrainian Research Institute, <https://huri.harvard.edu/ukraine-constitutional-court-crisis-explained>, consultado el 10 de diciembre de 2020).

443 Caso N.º 1-135/2018(5846/17), Decisión de la Corte Constitucional de Ucrania sobre la petición constitucional de 59 diputados de dicho país respecto a la conformidad del Artículo 368.2 del Código Penal Nacional con la Constitución de Ucrania (26 de febrero de 2019). La traducción al inglés de este caso se obtuvo del sitio web oficial de la Corte Constitucional de Ucrania, <https://web.ccu.gov.ua/en/docs/2541>, consultado el 31 de marzo de 2021.

vista del principio constitucional de la presunción de inocencia...⁴⁴⁴

Curiosamente, aunque la decisión hacía referencia a la jurisprudencia⁴⁴⁵ del TEDH que destacaba la importancia del principio de presunción de inocencia, la Corte no tuvo en cuenta la decisión determinante del TEDH en *Salabiaku c. Francia* ni el razonamiento expuesto en este caso, según el cual puede haber excepciones a este principio, dentro de unos límites razonables.

4.1.2 ¿Invierten las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles de manera arbitraria la carga de la prueba?

También se ha cuestionado la inversión de la carga de la prueba contenida explícitamente en algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles.

En Kenia, la equidad del mecanismo de inversión de la carga de la prueba contenido en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito civil de la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act, ACECA*) fue analizada por el Tribunal de Apelaciones en el caso de la *Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (Ethics and Anti-Corruption Commission) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (Anti-Corruption Commission) de Kenia– contra Stanley Mombo Amuti*.⁴⁴⁶ En esta decisión, el tribunal señaló que, si bien la carga de la prueba podía invertirse en los procesos judiciales en virtud de esta ley, esto solo ocurriría si el Estado la desestimaba en el balance de probabilidades.⁴⁴⁷ El tribunal llegó a la conclusión de que este tipo de traslado “no es un mecanismo ajeno a los litigios civiles” y que también se aplica en las leyes de difamación cuando se plantea una defensa de justificación.⁴⁴⁸

Esta decisión fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Apelaciones en el caso *Stanley Mombo Amuti c. la Comisión Anticorrupción de Kenia*, que también sostuvo que el mecanismo era compatible con las normas probatorias existentes:

Las disposiciones exigen que la Comisión Anticorrupción pruebe, según un balance de probabilidades, que un individuo posee activos desproporcionados con respecto a sus fuentes de ingresos legítimamente conocidas. El Artículo 55 (2) de la Ley incluye una disposición relativa a la carga de la prueba, haciendo que esta recaiga sobre la persona investigada para que ofrezca una declaración satisfactoria mediante la que se pueda establecer el origen legítimo de sus activos. Esta carga de la prueba es dinámica, puesto que exige que quien esté en mejores condiciones de probar un hecho sea quien lo haga. El Artículo 55 (2) de la ACECA se corresponde

444 Ibid.

445 La Corte hizo referencia al [77] de la sentencia en el caso “Barberà, Messegué y Jabardo c. España” de 6 de diciembre de 1988, y al [97] de la sentencia en el caso “Janosevic c. Suecia” de 23 de julio de 2002 afirmando que “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos muestra que el principio de presunción de inocencia exige, en particular, que en el ejercicio de sus funciones los jueces no inicien el proceso judicial con un prejuicio sobre la comisión del delito que se le imputa al acusado; la carga de la prueba recaiga en la fiscalía, y cualquier duda se interprete a favor del acusado; la fiscalía tiene la obligación de informar al acusado de la acusación formulada contra él”.

446 Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR.

447 Ibid., en [33].

448 Ibid.

con el Artículo 112 de la Ley de Pruebas (*Evidence Act*), Capítulo 80 de las Leyes de Kenia. El Artículo 112 de la Ley de Pruebas (*Evidence Act*), (Cap. 80 de las Leyes de Kenia) establece que: “En los procedimientos civiles, cuando un hecho consta específicamente a una de las partes implicadas, la carga de probar o refutar ese hecho recae sobre dicha parte”.⁴⁴⁹

De manera similar a la lógica aplicada por algunos tribunales con respecto a las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales, aquí también se consideró el hecho de que la inversión de la carga de la prueba requiere que el demandado pruebe hechos que están específicamente en su conocimiento. Sobre esta cuestión, el tribunal señaló lo siguiente: “En nuestra opinión, una persona con ingresos legítimos no tiene inconveniente para probar el origen legal de su patrimonio”.⁴⁵⁰

Por último, en lo que respecta a la preocupación de que la inversión de la carga de la prueba pueda entrar en conflicto con el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución de Kenia, el tribunal declaró:

La exigencia de justificar los activos no es un requisito para que uno exponga su inocencia. La presunción de inocencia es un derecho fundamental que no puede ser sustituido mediante una notificación de declaración de la adquisición de activos.⁴⁵¹

En el caso de Australia Occidental, también se han planteado inquietudes respecto a la equidad de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito civil de la Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*).⁴⁵² De forma similar al enfoque de Kenia, el Tribunal de Distrito de Australia Occidental también atribuyó un peso importante al hecho de que los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en estas disposiciones obligan a una persona a probar hechos que podrían considerarse de su conocimiento específico.

En el caso *Director del Ministerio Público c. Morris*, la jueza Wager sostuvo que el mecanismo de inversión de la carga de la prueba contenido en la ley era razonable, ya que las pruebas requeridas para que el acusado cumpliera con esta, debían ser fácilmente obtenibles.⁴⁵³ En su razonamiento, la jueza Wager hizo referencia a un caso anterior relativo a una orden de embargo preventivo,

449 Stanley Momo Amuti c. la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia (Apelación civil n.º 184 de 2018) en [78].

450 *Ibid.*, en [80].

451 *Ibid.*, en [79].

452 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) de 2000 (Australia: Australia Occidental).

453 En Australia, en particular, la idea de que las normas relativas a la carga de la prueba pueden trasladarse cuando se trata de cuestiones que son específicamente conocidas por el acusado no es algo nuevo. De hecho, una decisión autorizada emitida por el Tribunal Supremo de Australia hace casi un siglo, *Williamson c. Ah On*, ya permitía la aplicación de dicho traslado en determinados casos: En términos generales, el principio primario que guía a un tribunal en la administración de justicia es que quien afirma sustancialmente algo, debe probarlo. Pero, a menos que se reconozca la existencia de casos excepcionales, la justicia se vería frustrada y las propias normas destinadas al mantenimiento del derecho anularían su propio objetivo. La ruta habitual que conduce hacia la justicia –si se observase rígidamente en todos los casos–, a veces no sería más que un camino placentero para los infractores y obstruiría la aplicación de la ley... la norma primaria debería relajarse cuando el objeto de la alegación se encuentra singularmente dentro del ámbito del conocimiento de una de las partes”. (véase: *Williamson c. Ah On* (1926) 39 LR 95 en 113-114, como se menciona en Booz Allen Hamilton, *Comparative Evaluation of Unexplained Wealth Orders*, 2012, p.116).

Director del Ministerio Público de Australia Occidental c. Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc,⁴⁵⁴ y tomó en consideración las opiniones expuestas por Templeman J:

En mi opinión, es razonable esperar que una persona que se convierte en propietaria de bienes sustanciales por medios legítimos no tenga mayores dificultades para probar dicho hecho, como parte del balance de probabilidades. Si la vía por la que los bienes llegaron a manos de un objeto es lícita, normalmente estará documentada de alguna manera.⁴⁵⁵

La jueza Wager también consideró la nota explicativa original de la propia legislación, y estimó que se impondría una “fuerte obligación de recursos” al Estado si se esperaba que aportase pruebas para establecer que los activos del demandado no habían sido adquiridos legalmente:

Consideré que las notas explicativas del Proyecto de Ley sobre Confiscación Penal (*Criminal Confiscation Bill*) de 2000 en relación con el Artículo 12(2) eran de ayuda al señalar que:

La subcláusula (2) hace recaer en el demandado la responsabilidad de probar que su riqueza fue adquirida legalmente. Ello se debe a que es más fácil para una persona probar que su patrimonio ha sido adquirido legalmente que para el Estado probar lo contrario. Esta disposición es fundamental para el objetivo de la Ley. No incluir esta disposición impondría al Estado grandes obligaciones en materia de recursos para tratar de probar que la riqueza de una persona no ha sido adquirida legalmente.⁴⁵⁶

A nivel federal, si bien la razonabilidad de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba contenidos en las disposiciones sobre ilícitos civiles de la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*)⁴⁵⁷ de Australia aún no ha sido objeto de examen judicial, durante las revisiones parlamentarias de la propia legislación se han planteado inquietudes respecto a esta cuestión. Al examinar la idoneidad de estos mecanismos, el Comité Permanente del Senado para el Escrutinio de Proyectos de Ley (*Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills*) adoptó una opinión similar a la mantenida en el ya citado caso *Director del Ministerio Público c. Morris* y justificó la inversión de la carga de la prueba con base en que los “[d]etalles del origen de la riqueza de una persona estarán singularmente dentro de su ámbito de conocimiento”.⁴⁵⁸ La legislación también fue sometida a revisión por la Comisión Parlamentaria Mixta de Aplicación de la Ley (*Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*) en 2012. Al examinar la cuestión, el Comité declaró que “es difícil concebir escenarios en los que un individuo tuviera cantidades significativas de activos de procedencia inexplicable sin poder dar cuenta de su legítima acumulación, si es que eso es lo que

454 *Director del Ministerio Público de Australia Occidental c. Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc* (2005) WASC 61.

455 *Director del Ministerio Público de Australia Occidental c. Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc* (2005) WASC 61 en [68], como se menciona en *Director del Ministerio Público c. Morris* [N.º 2] [2010] WADC 148 en [19].

456 *Director del Ministerio Público c. Morris* [N.º 2] [2010] WADC 148 en [6].

457 Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Australia: Jurisdicción Federal).

458 Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission*), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, presentado el 2 de marzo de 2016 en [9.118], que hace referencia al Comité Permanente del Senado para el Escrutinio de Proyectos de Ley (*Senate Standing Committee for the Scrutiny of Bills*), Parlamento de Australia, 10.º Informe de 2009 (septiembre de 2009).

ha ocurrido”.⁴⁵⁹ Además, justificó esta opinión de la siguiente manera:

La comisión buscó pruebas sobre si había alguna forma de que un individuo pudiera acumular legítimamente riqueza sin poder explicar o documentar cómo lo había hecho. Varios testigos indicaron que no se les ocurría ninguna forma. La ACC señaló un posible, aunque raro, escenario en el que podría ofrecerse una razón legítima:

Uno de los ejemplos de los que hemos tomado conocimiento sería el caso de alguien que huyera de una persecución, liquidara su patrimonio y llegara a Australia solicitando el estatus de refugiado con esos activos. Esa podría ser una posibilidad.⁴⁶⁰

Ante estos hechos, el Comité concluyó que “con las medidas precautorias adecuadas, las leyes sobre los activos de procedencia inexplicable representan una respuesta razonable y proporcional a la amenaza de los delitos graves y del crimen organizado en Australia”.⁴⁶¹

459 Comisión Parlamentaria Mixta de Aplicación de la Ley (*Parliamentary Joint Committee on Law Enforcement*), Parlamento de Australia, *Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements* (marzo de 2012) en [2.24].

460 *Ibid.*, en [2.23].

461 *Ibid.*, en [2.24].

4.2 Leyes sobre enriquecimiento ilícito, el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo

El derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo son dos principios consolidados que buscan garantizar un procedimiento judicial justo. Ambos se basan en la misma noción subyacente del principio de presunción de inocencia; es decir, que es responsabilidad de la parte acusadora probar sus acusaciones.

El derecho a guardar silencio establece, en general, que una persona acusada no puede ser obligada a presentar pruebas ni en las diligencias previas ni en el propio proceso judicial. También puede proteger a la persona de cualquier inferencia adversa que pueda extraerse de su decisión de guardar silencio.

El privilegio de no declarar contra sí mismo permite, más concretamente, que una persona se niegue a responder a cualquier pregunta o a presentar cualquier prueba si ello le implica en la presunta acción o le expone a procesos legales adicionales derivados de otras acciones.

Al igual que con la presunción de inocencia, se ha argumentado que la legislación sobre enriquecimiento ilícito vulnera potencialmente estos dos principios al permitir la inversión de la carga de la prueba en la persona imputada por la ley, eliminando su capacidad de guardar silencio y haciéndola vulnerable a procesos legales adicionales basados en las pruebas que se le exige proporcionar.

Estos dos principios jurídicos, estrechamente relacionados, están bien arraigados a nivel internacional. El ICCPR garantiza que una persona no puede “ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.⁴⁶² Por otra parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que en los procesos judiciales relacionados con una acusación ante dicha Corte, una persona no puede “ser obligada a declarar o a confesarse culpable” y que puede “guardar silencio, sin que ese silencio pueda tenerse en cuenta para la determinación de la culpabilidad o la inocencia”.⁴⁶³ También señala que durante una investigación, una persona “[n]o puede ser obligada a autoincriminarse o a confesarse culpable”.⁴⁶⁴

A nivel regional, estos principios se incluyeron expresamente en la ACHR, la cual también garantiza que un acusado tiene “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.⁴⁶⁵ Aunque no están incluidos expresamente en el CEDH ni en la CADHP, estos principios se han reforzado en ambas regiones por medio de diferentes niveles de jurisprudencia.⁴⁶⁶ Por

462 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14(3)(g).

463 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 67 (1)(g).

464 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 55 (1)(a).

465 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8 (2)(g).

466 Véase N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, pp. 67-78.

ejemplo, en Europa, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado que “aunque el artículo 6 del CEDH no menciona explícitamente el derecho a guardar silencio, se trata de un estándar internacional generalmente reconocido que se encuentra en el centro de la noción de juicio imparcial”.⁴⁶⁷

Por último, en el ámbito nacional, muchas jurisdicciones estatales han consagrado formalmente estos principios mediante disposiciones constitucionales, otros instrumentos legislativos o la jurisprudencia.⁴⁶⁸

4.2.1 ¿Infringen las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo?

Hasta la fecha, solo un pequeño número de tribunales ha planteado la cuestión de si las leyes sobre enriquecimiento ilícito infringen o no el derecho a guardar silencio o el privilegio de no declarar contra sí mismo. No obstante, pueden encontrarse pautas específicas de la jurisprudencia ya existente sobre esta cuestión en el contexto de la ley sobre enriquecimiento ilícito, al tiempo que pueden extraerse pautas más amplias de la jurisprudencia general que ha abordado la relación entre estos derechos y otras leyes.

4.2.1.1 Jurisdicciones en las que la ley sobre enriquecimiento ilícito penal invierte la carga de la prueba

Como se ha comentado anteriormente en el contexto del principio de presunción de inocencia, hay una serie de tribunales que han reconocido que las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales de sus jurisdicciones permiten la inversión de la carga de la prueba en algunas circunstancias. Sin embargo, en este momento hay poca o ninguna jurisprudencia sobre si estos mecanismos de inversión de la carga de la prueba infringen o no el derecho a guardar silencio y/o el privilegio de no declarar contra sí mismo. No obstante, hay algunos casos en los que se ha debatido si estos principios son susceptibles de ser vulnerados en un sentido general.

Al igual que con el principio de presunción de inocencia, hay una serie de casos donde se ha establecido que estos principios no son de naturaleza absoluta. Por ejemplo, en el caso *John Murray contra Reino Unido*,⁴⁶⁹ el TEDH examinó si el hecho de que la persona acusada no respondiera a las preguntas de la policía o no declarara ante el tribunal podía dar lugar a inferencias adversas en su contra durante los procesos judiciales. Aunque reconoce que “no cabe duda de que el derecho

467 DB c. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (Caso C-481/19) de 2 de febrero de 2021, en [38].

468 Por ejemplo, en Malawi estos derechos se han consagrado específicamente en el Artículo 42 (2)(f)(3) de la Constitución; mientras que en Australia, estas protecciones se han descrito en instrumentos legislativos estatales, como el Artículo 89 de la Ley de Pruebas (*Evidence Act*) de 1995 (n.º 25) (Australia: Nueva Gales del Sur), y a través de la jurisprudencia, como el caso del Tribunal Supremo de *Petty y Maiden c. R* (1991) 173 CLR 95.

469 *John Murray c. Reino Unido* (Solicitud n.º 18731/91) 8 de febrero de 1996.

a guardar silencio en un interrogatorio policial y el privilegio de no declarar contra sí mismo son estándares internacionales generalmente reconocidos que se encuentran en el centro de la noción de juicio imparcial”, el Tribunal también determinó que estos principios no son absolutos:

Lo que está en juego en el presente caso es si estas inmunidades son absolutas en el sentido de que el ejercicio por parte de un acusado del derecho a guardar silencio no puede utilizarse en ningún caso en su contra en el juicio o, por el contrario, si informarle de antemano de que, en determinadas condiciones, su silencio puede ser utilizado de este modo, siempre debe considerarse una “coacción indebida”.

Por una parte, es evidente que basar una condena única o principalmente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a las preguntas o a presentar pruebas es incompatible con las inmunidades analizadas. Por otra parte, el tribunal considera igualmente evidente que estas inmunidades no pueden ni deben impedir que el silencio del acusado, en situaciones que exigen claramente una explicación por su parte, sea tomado en cuenta para valorar el carácter persuasivo de las pruebas aducidas por la fiscalía.

Dondequiera que se trace la línea entre estos dos extremos, se deduce de esta comprensión “del derecho a guardar silencio” que la cuestión de si se trata de algo absoluto o no debe responderse negativamente.⁴⁷⁰

El Tribunal aclaró que, si bien pueden extraerse inferencias adversas con base al derecho a guardar silencio, esto solo puede ocurrir siempre que:

- Se hayan hecho las “advertencias apropiadas” al acusado en cuanto a “los efectos legales de permanecer en silencio”.⁴⁷¹
- El fiscal haya establecido “un caso *prima facie* contra el acusado, es decir, un caso que consista en pruebas directas que, si se creyeran y se combinaran con inferencias legítimas basadas en ellas, podrían llevar a un jurado debidamente dirigido a estar convencido más allá de toda duda razonable de que cada uno de los elementos esenciales del delito está probado”⁴⁷².
- Las “pruebas establecidas contra el acusado “exigen” una explicación que este debería estar en condiciones de dar” y el hecho de no proporcionar esa información “permitiría, por sentido común, inferir que no hay una justificación posible y que el acusado es culpable”.⁴⁷³

De ninguna manera, este caso constituye la única interpretación de esta cuestión. En otras partes del mundo, la jurisprudencia ha adoptado de hecho un enfoque más estricto en cuanto al cumplimiento de estos principios.⁴⁷⁴ No obstante, los tribunales de varias jurisdicciones de derecho anglosajón han considerado justificado extraer conclusiones del silencio de una persona

470 Ibid., en [46]-[47].

471 Ibid., en [51].

472 Ibid.

473 Ibid.

474 Otros casos del TEDH que abordan este asunto son *Funke c. Francia* (Solicitud n.º 10828/84) de 25 de febrero de 1993; *Saunders c. Reino Unido* (Solicitud n.º 19187/91) de 17 de diciembre de 1996; *Jalloh c. Alemania* (Solicitud n.º 54810/00) de 11 de julio de 2006.

en circunstancias similares a las anteriormente descritas.⁴⁷⁵

Hasta la fecha, la cuestión de si las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales con mecanismos de inversión de la carga de la prueba infringen el derecho a guardar silencio o el privilegio de no declarar contra sí mismo no se ha abordado ampliamente en los tribunales. No obstante, existen algunos paralelismos evidentes entre los antecedentes que tienen en cuenta los tribunales al evaluar la justificación de las excepciones al principio de presunción de inocencia y el razonamiento expuesto en la sentencia de *John Murray c. Reino Unido* en relación con las excepciones a los derechos tradicionales a guardar silencio o el privilegio de no declarar contra sí mismo. En concreto, el nivel en el que se permiten dichas excepciones en ambos contextos puede depender de si la fiscalía sigue teniendo la obligación de establecer los elementos esenciales de un delito, y de si la excepción requiere que un acusado proporcione información específicamente de su conocimiento. En consecuencia, cobra importancia el argumento de que los tribunales pueden adoptar un enfoque similar.

Esto se ve reforzado por casos como el de *Vasant Rao Guhe c. el estado de Madhya Pradesh*, en el que la Corte Suprema de la India debatió brevemente la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito y mencionó las condiciones que deben cumplirse para obligar a una persona acusada a prestar una declaración sobre las fuentes de su riqueza:

...en caso de que la fiscalía no pruebe que el funcionario público, por sí mismo o a través de cualquier otra persona, haya estado en posesión de recursos pecuniarios o bienes que no guarden proporción con respecto a sus fuentes de ingresos conocidas, no se le exigirá por ley que ofrezca ninguna declaración para dar cuenta satisfactoriamente de ello. No se puede entender que un funcionario público que se enfrenta a este tipo de acusación tenga que proporcionar ninguna explicación si no se demuestra que posee, por sí mismo o a través de otra persona, recursos pecuniarios o bienes que no guarden proporción con respecto a sus fuentes de ingresos conocidas.⁴⁷⁶

Por supuesto, a medida que las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales que contienen mecanismos de inversión de la carga de la prueba se vayan aplicando, no hay duda de que los tribunales se verán obligados a aclarar si tales mecanismos infringen de manera compatible el derecho a guardar silencio y el privilegio de no declarar contra sí mismo.

4.2.1.2 Jurisdicciones en las que la ley sobre enriquecimiento ilícito penal no invierte la carga de la prueba

En las jurisdicciones en las que los tribunales sostienen que sus leyes sobre enriquecimiento

475 Véase N. Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes – Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, Routledge, Milton Park, 2013, pp. 122-125, donde se analizan las decisiones del Reino Unido a partir de *Murray c. el Director del Ministerio Público* (1992) 97 Cr App R 151 y R c. *Cowan* [1995] 3 WLR; la decisión neozelandesa de *Trompet c. la Policía* [1985] NZLR 357; y el caso canadiense de R c. *Noble* [1997] 1 SCR 874.

476 *Vasant Rao Guhe contra el estado de Madhya Pradesh* (Apelación en materia penal n.º 1279 de 2017) en [21].

ilícito no invierten la carga de la prueba en el acusado, han recurrido a un razonamiento similar al del principio de presunción de inocencia. En concreto, los tribunales de Lituania y Argentina han sostenido que su legislación sobre enriquecimiento ilícito no afecta a dichos principios, ya que la persona acusada siempre mantiene su derecho a guardar silencio durante el proceso judicial.

En el caso n.º KT4-N3/2017, la Corte Constitucional de Lituania especificó que, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de Lituania, en un procedimiento por enriquecimiento ilícito “el fiscal tiene la obligación de probar que el delito... se ha cometido” y que al “hacer efectivo su derecho a la defensa, el sospechoso/acusado tiene derecho a presentar pruebas y a impugnar las sospechas –cargos– que se le imputan”.⁴⁷⁷ Si bien la Corte señaló que una persona acusada puede optar por presentar pruebas, subrayó que en ningún caso está “obligada a demostrar que no se ha cometido el delito de enriquecimiento ilícito” y que “las situaciones en las que el sospechoso/acusado opta por guardar silencio no pueden considerarse un agravante de su situación en el procedimiento penal”.⁴⁷⁸

En el caso argentino de Alsogaray, la Cámara Nacional de Casación Penal adoptó una postura similar a la que había tomado respecto al principio de presunción de inocencia:

... la defensa parte, para formular su agravio de inconstitucionalidad, de la premisa por la cual “la exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su sospecha, sino que el funcionario [el acusado] debe probar que es inocente; implicando ello la imperiosa necesidad de que el sospechado ‘declare’, pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito que nos ocupa”. Ya dijimos arriba que ello no es así, en tanto el delito que estudiamos es de comisión y consiste, no en “no justificar” –como pretende la defensa–, sino en enriquecerse de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos como funcionario, y que, por otra parte, al momento de formular el requerimiento corresponde al órgano competente del Estado probar tales extremos de manera específica.⁴⁷⁹

La Cámara también aclaró en este caso que el aparente requerimiento de ‘justificación’ presente en la ley debe interpretarse únicamente como una ‘...notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento’ y ‘[s]i el imputado hiciere uso de su derecho a guardar silencio, también en este caso serán las instancias judiciales las que

477 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [39.3].

478 Ibid.

479 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘Asimismo, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, la defensa parte, para formular su agravio de inconstitucionalidad, de la premisa por la cual “la exigencia de que el imputado justifique su incremento patrimonial significa que la autoridad que le formula el requerimiento no tiene que probar su sospecha, sino que el funcionario debe probar que es inocente; implicando ello la imperiosa necesidad de que el sospechado ‘declare’, pues si optara por guardar silencio debería pagar el altísimo costo de quedar automáticamente incurso en el delito que nos ocupa”. Ya dijimos arriba que ello no es así, en tanto el delito que estudiamos es de comisión y consiste, no en “no justificar” –como pretende la defensa–, sino en enriquecerse de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos como funcionario, y que, por otra parte, al momento de formular el requerimiento corresponde al órgano competente del Estado probar tales extremos de manera específica.’).

tendrán la carga de probar’.⁴⁸⁰

Como se ha señalado anteriormente en la sección 3.2.4, este razonamiento fue confirmado posteriormente mediante la apelación de este caso ante la Corte Suprema⁴⁸¹ y, posteriormente, en el caso de 2017 de *César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani*, en el que el tribunal también sostuvo que ‘[e]n definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado’⁴⁸² y que, en lugar de invertir la carga de la prueba la ley otorga al acusado ‘la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar’.⁴⁸³

4.2.2 ¿Infringen las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles el privilegio de no declarar contra sí mismo?

Existe poca o ninguna jurisprudencia en la que los tribunales hayan planteado la compatibilidad de las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles con el privilegio de no declarar contra sí mismo.

Sin embargo, es posible extraer ciertas conclusiones sobre el asunto a partir del caso del Tribunal Supremo de la *Agencia Nacional contra el Crimen contra Zamira Hajiyeva*⁴⁸⁴ y el posterior caso del Tribunal de Apelaciones de *Zamira Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Crimen*.⁴⁸⁵ Estos fueron los primeros casos en los que se trató el mecanismo de pesquisas de UWO en la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) del Reino Unido.⁴⁸⁶

En este caso, el Tribunal Supremo del Reino Unido emitió una UWO “sin previo aviso” contra la Sra. Hajiyeva, exigiéndole que proporcionase información sobre el origen de los fondos empleados

480 Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Fragmento original: ‘En similar sentido se ha sostenido que el requerimiento de ‘justificación’, usado por el legislador, sólo puede ser entendido lógicamente como una notificación para que el acusado pueda hacer uso de una oportunidad formal de probar la licitud de su enriquecimiento; que se ha mal interpretado ese concepto, confundiéndoselo con la noción procesal de ‘prueba positiva’; y que el tipo es avalorado, neutro y respeta plenamente el derecho de abstención que se deriva, en materia procesal, de la presunción de inocencia. Si el imputado hiciera uso de su derecho a callar, también en este caso serán las instancias judiciales las que tendrán la carga de probar -idéntica a la de otros tipos penales en los casos en que los imputados se abstienen de declarar- (cfr.: C.N.C. y C.C.F., Sala I, voto del doctor Elbert en el precedente ‘Cullota’, ya citado)’).

481 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ‘Alsogaray’, Fallos 331:2799 (2008).

482 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09) (Fragmento original: ‘En definitiva, es el Estado quien tiene a su cargo acreditar el aumento apreciable y no justificado del patrimonio del funcionario o del empleado.’).

483 Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, ‘César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani’, CFP 6734/2013 (2017/09) (Fragmento original: ‘De esta forma, con el llamamiento efectuado, no se invirtió la carga de la prueba ni fue violatorio de la prohibición de declarar en contra de uno mismo, sino que, con dicha convocatoria, se le brindó a Milani la posibilidad de justificar el origen de su enriquecimiento como así también la facultad de negarse a declarar (cfr. C.N.C.P., en respuesta a: ‘Alsogaray’, ya citado)’).

484 Agencia Nacional contra el Crimen c. la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin).

485 Sra. Zamira Hajiyeva c. Agencia Nacional contra el Crimen [2020] EWCA Civ 108.

486 Como se explica en la Sección 2.6.1, este mecanismo puede distinguirse de las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales y civiles en el sentido de que solo otorga poder al tribunal para emitir una orden civil que exija que una persona explique las fuentes de su riqueza. El mecanismo no puede utilizarse por sí mismo para emitir una orden de reembolso por el importe no justificado, sino que solo puede emplearse para obtener pruebas que puedan presentarse en un procedimiento de recuperación civil posterior, en el que sigue siendo necesario que el Estado pruebe que el patrimonio en cuestión es un “bien recuperable” y que de alguna manera está relacionado con una actividad delictiva.

para la adquisición de bienes inmuebles en Londres. Se sospechaba que la propiedad era producto de los delitos de corrupción cometidos por el marido de la Sra. Hajiyeva, el expresidente del Banco Internacional de Azerbaiyán, un organismo de propiedad estatal. La Sra. Hajiyeva solicitó la anulación de la orden por varios motivos, entre ellos porque infringía su privilegio de no declarar contra sí misma, a pesar de que la ley establezca explícitamente que “[la] declaración de una persona en respuesta a un requerimiento impuesto por una orden de riqueza inexplicable no puede utilizarse como prueba contra esa persona en un procedimiento penal”.⁴⁸⁷

Tanto el Tribunal de Apelaciones como el Tribunal Supremo desestimaron el argumento de la Sra. Hajiyeva, sosteniendo en cambio que el Parlamento había pretendido que el privilegio quedara “abolido” en el contexto de un procedimiento de UWO.⁴⁸⁸ Los tribunales fundamentaron además que si aplicaran el privilegio de no declarar contra sí mismo a dichas órdenes, esto haría que el proceso terminara siendo “nulo”, ya que la orden se creó para imponer la obligación de proporcionar información.⁴⁸⁹ Además, ambos tribunales tampoco previeron un “riesgo real y apreciable” de que el demandado fuese a enfrentarse a un enjuiciamiento por un delito penal en el Reino Unido.⁴⁹⁰

Cabe señalar que algunas leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles también abordan este tema expresamente en sus mismos estatutos al incluir disposiciones que prohíben el uso de la información proporcionada en los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito en procedimientos penales independientes. Por ejemplo, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil cualificado de las Bahamas establece específicamente que cualquier declaración realizada en virtud de una orden de esta ley “no será admisible contra la persona en ningún procedimiento penal, con excepción de un proceso judicial relativo a la falsedad de la declaración”.⁴⁹¹ No obstante, al igual que en el ejemplo del Reino Unido, es probable que estas garantías legales sean evaluadas judicialmente.

487 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Reino Unido), Sección 362F.

488 Sra. Zamira Hajiyeva c. Agencia Nacional contra el Crimen [2020] EWCA Civ 108 en [51]; Agencia Nacional contra el Crimen c. la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin) en [110] - [112].

489 Ibid.

490 Sra. Zamira Hajiyeva c. Agencia Nacional contra el Crimen [2020] EWCA Civ 108 en [50]; Agencia Nacional contra el Crimen c. la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin) en [115]; ambos tribunales también señalaron que la Sra. Hajiyeva no había precisado los elementos de la información solicitada que darían lugar al riesgo señalado (véase, por ejemplo, el caso Sra. Zamira Hajiyeva c. Agencia Nacional contra el Crimen [2020] EWCA Civ 108 en [50]: Aunque la apelante había hecho valer ambos privilegios en su declaración testimonial, no identificó qué elementos de la información solicitada darían lugar al supuesto riesgo. En resumen, no especificó qué respuestas a qué preguntas podrían incriminarla. La mera afirmación del privilegio de no declarar contra sí mismo no fue suficiente (véase JSC BTA Bank c. Abyasov [2009] EWCA Civ 1125, por parte de Sedley LJ en [39]). Aunque indicó que había sido advertida de que sus respuestas a las preguntas planteadas en el Anexo 3 de la UWO y la exigencia de presentar documentos en el Anexo 4 de la misma orden podrían utilizarse para incriminarla a ella y/o a su marido en un procedimiento penal en el Reino Unido, o en Azerbaiyán, el tribunal debía estar convencido del riesgo de enjuiciamiento –véase R (CPS) c. el Tribunal de Magistrados de Bolton [2004] 1 WLR 835, algo con lo que el juez no estuvo de acuerdo”–.

491 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2018 (Bahamas), Sección 75(3).

4.3 Las leyes sobre enriquecimiento ilícito y el principio contra su aplicación retroactiva

El principio contra la aplicación retroactiva de las leyes –o *ex post facto*– es una norma jurídica ampliamente reconocida. En un sentido general, el principio prohíbe la aplicación de una ley que altere las consecuencias jurídicas de acciones que se produjeron antes de que dicha ley entrase en vigor. Sin embargo, la posesión de activos adquiridos ilícitamente suele considerarse una acción continua y, por lo tanto, dichas leyes pueden aplicarse para perseguir la posesión continuada de una riqueza que se adquirió originalmente antes de la promulgación de la ley. Los tribunales de varias jurisdicciones han analizado esta cuestión a fin de evaluar si las leyes sobre enriquecimiento ilícito pueden aplicarse de este modo sin infringir de manera arbitraria la norma tradicional contra la aplicación retroactiva.

4.3.1 Leyes sobre enriquecimiento ilícito penales y retroactividad

En el contexto penal, el principio de la irretroactividad prohíbe imponer un castigo a una persona por una acción que no estaba definida como delictiva en el momento en que se cometió. La prohibición de este tipo de leyes se ha consagrado en instrumentos jurídicos internacionales de aplicación global y regional. Tanto la DUDH como el ICCPR establecen que “nadie debe ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos conforme al derecho nacional o internacional...”.⁴⁹² Existen artículos similares en el CEDH,⁴⁹³ la ACHR,⁴⁹⁴ la CADHP⁴⁹⁵ y la Carta Árabe de Derechos Humanos.⁴⁹⁶ Las disposiciones que impiden este tipo de leyes también se han incluido con frecuencia en instrumentos jurídicos nacionales y a veces incluso están específicamente prohibidas por la constitución de un país.

A pesar de ello, la prohibición de las leyes retroactivas no siempre se aplica de forma estricta y, de hecho, este tipo de leyes son bastante comunes en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, especialmente en el ámbito de la evasión y la elusión fiscal.⁴⁹⁷

Esta flexibilidad a menudo se ha extendido hacia las leyes sobre enriquecimiento ilícito, y los países

492 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 15(1).

493 Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 7.

494 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 9.

495 Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 2.

496 Carta Árabe de Derechos Humanos, Artículo 15.

497 Por ejemplo, Australia promulgó la Ley de modificación de la legislación fiscal (lucha contra la elusión fiscal y el traslado de beneficios de las multinacionales) de 2013 (*Tax Laws Amendment [Countering Tax Avoidance and Multinational Profit Shifting] Act*) (Australia: Jurisdicción Federal) de 29 de junio de 2013 con efecto retroactivo (véase: Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission*), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, presentado el 2 de marzo de 2016 en [13.107]), mientras que la implantación de leyes fiscales retroactivas en Estados Unidos ha sido descrita por el *Congressional Research Service* como “bastante común” (véase: M. Mazur, ‘Retroactive Tax Provisions, a “Quite Common” Practice’, Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, 2014, <https://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/Retroactive-Tax-Provisions.aspx>, consultado el 20 de marzo de 2021).

han adoptado enfoques muy diferentes cuando se trata de determinar si este tipo de leyes pueden aplicarse con retroactividad. Por ejemplo, mientras que Lituania y Moldavia no permiten que sus respectivas disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito se apliquen a las adquisiciones de bienes que se produjeron antes de la promulgación de las mismas, los tribunales de Bolivia, Hong Kong y Uganda han adoptado una postura contraria y han permitido su aplicación retroactiva.

Por ejemplo, en el *caso n.º 2K-P-93/2014*,⁴⁹⁸ la Corte Suprema de Lituania interpretó estrictamente artículos del CEDH y del Código Penal de Lituania que prohibían la legislación retroactiva, y sostuvo que los acusados no podían ser culpables de cargos de enriquecimiento ilícito en relación con la compra de una casa, ya que la adquisición de esta tuvo lugar antes de que el acto de enriquecimiento ilícito hubiera sido tipificado como delito.

Esta interpretación se vio reforzada posteriormente en la sentencia de 2017 de la Corte Suprema, en el *caso n.º KT4-N3/2017*. Esta también sostuvo que las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito del Código Penal de Lituania no podían aplicarse a las adquisiciones de activos que se produjeron antes de la promulgación de la ley. Al justificar su posición, la Corte señaló que la responsabilidad penal por la posesión de bienes adquiridos ilícitamente surge específicamente en el momento en que los bienes en cuestión fueron adquiridos. Su razonamiento fue que si este momento se produjo antes de la entrada en vigor de las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito, la pena para este acto requeriría la aplicación retroactiva de la ley.⁴⁹⁹ Además, la Corte también sostuvo que si bien la aplicación retroactiva de algunos delitos está permitida en Lituania para varios delitos enumerados en el Artículo 3 del Código Penal, dado que la disposición relativa al enriquecimiento ilícito no está específicamente incluida en esta lista, la Corte no tenía autorización para aplicarla retroactivamente.⁵⁰⁰

En el *caso n.º 60a/2014*,⁵⁰¹ la Corte Constitucional de Moldavia adoptó una interpretación similar a la de Lituania y dictaminó que su ley sobre enriquecimiento ilícito tampoco podía aplicarse con carácter retroactivo, por lo que no infringía ningún artículo de la Constitución moldava que prohibía penalizar acciones que no constituían un delito en el momento en que se cometieron.⁵⁰²

Otros países han adoptado una posición contraria. En Bolivia, la disposición relativa al enriquecimiento ilícito fue impugnada en la *Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012*,⁵⁰³ con el argumento de que no podía aplicarse a la riqueza adquirida antes de la promulgación de la propia ley sin vulnerar los artículos que prohíben la aplicación retroactiva contenidos en la

498 Caso penal N.º 2K-P-93/2014 de 11 de abril de 2014.

499 Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 en [18.1]-[18.4].

500 Ibid.

501 Caso n.º 60a/2014: Corte Constitucional de la República de Moldavia, sentencia de 16 de abril de 2015.

502 Ibid., en [83].

503 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia Constitucional Plurinacional Núm. 0770/2012 (2012).

Constitución boliviana, el ICCPR y la ACHR.

Al sostener que la ley boliviana sobre enriquecimiento ilícito podía aplicarse a dicha riqueza, el tribunal indicó que el enriquecimiento ilícito debe considerarse una acción continua que se materializa constantemente en cada momento que transcurre después de observarse el enriquecimiento mismo. En consecuencia, el Tribunal sostuvo que, aunque el enriquecimiento inicial se produjera antes de la entrada en vigor de la legislación, el enriquecimiento propiamente dicho seguiría produciéndose después de ese momento y, por tanto, podría seguir siendo penalizado por la ley.

En el caso *Nestor Machumbi Gasasira c. Uganda*,⁵⁰⁴ la Corte Constitucional de Uganda sostuvo de manera similar que no había conflicto entre la disposición relativa al enriquecimiento ilícito contenida en la Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*) de Uganda y el artículo que prohíbe la retroactividad previsto en la Constitución del país. Aunque el demandado en este caso había adquirido propiedades antes de la promulgación de la Ley Anticorrupción (*Anti-Corruption Act*), la Corte razonó que estas propiedades podían seguir siendo legítimamente objeto de la ley sobre enriquecimiento ilícito puesto que este seguía teniendo el “control o la posesión” de las mismas después de la entrada en vigor de la legislación.⁵⁰⁵

En Hong Kong, la aplicación retroactiva de las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito contenidas en la Ordenanza sobre la Prevención del Soborno (*Prevention of Bribery Ordinance*) fue examinada por el Tribunal de Apelación en el caso *Lai Man-Yau c. el Fiscal General*⁵⁰⁶ y por el Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*) en el caso *Lai Man-Yau contra el Fiscal General (n.º 2)*. El apelante en estos casos había estado empleado como oficial de policía durante muchos años y su esposa había acumulado una cantidad desproporcionada de riqueza durante ese tiempo. Sin embargo, el apelante argumentó que las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito no podían aplicarse en su caso, ya que había cesado en sus funciones dos años antes de que estas entraran en vigor. Ambos tribunales discreparon y sostuvieron que, dado que estas leyes se aplicaban a cualquier persona que, “siendo o habiendo sido” funcionario público, hubiera amasado una riqueza desproporcionada, una lectura clara de esta cláusula incluiría a las personas que hubieran sido funcionarios públicos incluso antes de que se hubiera promulgado la ley. Al dictar sentencia en el Consejo Privado del Reino Unido (*Privy Council*), Lord Salmon reconoció que dar un efecto retroactivo a una ley es “normalmente arbitrario y debe evitarse si es posible hacerlo sin violentar la redacción del estatuto”.⁵⁰⁷ No obstante, también razonó que, dado que la redacción de la propia ley era clara e inequívoca, y que era imposible anular el efecto retroactivo

504 Nestor Machumbi Gasasira c. Uganda. Referencia constitucional n.º 17 de 2011.

505 Ibid.

506 Lai Man-Yau c. Fiscal General (N.º 2) [1978] HKCU 4.

507 Lai Man-Yau c. Fiscal General (N.º 2) [1978] HKCU 79 (Lord Salmon haciendo referencia a Young c. Adams [1898] AC 469).

de la disposición sin “reescribir todo el inciso”, hacerlo sería tanto erróneo como inviable.⁵⁰⁸ Como observación final, Lord Salmon también reconoció la severidad de la disposición, pero argumentó que podía considerarse una respuesta adecuada a la amenaza destructiva de la corrupción generalizada:

Se ha dicho que la ordenanza es una medida draconiana. No cabe duda de que lo es. Pero cuando el soborno y la corrupción están tan extendidos que socavan gravemente todo el tejido social, tales medidas pueden ser necesarias. En cualquier caso, no corresponde a los tribunales decidir si una ordenanza debiese haberse aprobado o no, sino solo lo que significa una vez aprobada, y luego aplicarla.⁵⁰⁹

4.3.2 Leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles y retroactividad

Existe muy poca jurisprudencia respecto a la aplicación retroactiva de las leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles. Sin embargo, es muy probable que dichas leyes puedan aplicarse también con carácter retroactivo en determinadas jurisdicciones.

En general, la cuestión no se plantea ni se cuestiona con el mismo “vigor” en un contexto civil y hay muchos ejemplos de leyes civiles en todo el mundo que pueden aplicarse a acciones que han ocurrido antes de que tales leyes entraran en vigor.⁵¹⁰

Esta actitud general se refleja en la redacción de muchas leyes sobre enriquecimiento ilícito civiles, que de hecho permiten la aplicación retroactiva de una manera explícita.

Por ejemplo, las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito de Kenia establecen expresamente que la ley “se aplicará retroactivamente”, una característica que fue reconocida por el Tribunal de Apelaciones de Kenia en el caso *Stanley Mombo Amuti c. la Comisión Anticorrupción (Anti-Corruption Commission) de Kenia*.⁵¹¹

508 *Lai Man-Yau c. Fiscal General* (N.º 2) [1978] HKCU 79; Lord Salmon también observó que, independientemente de que se permitiera una adición a la redacción de la ley, esta seguiría conduciendo a resultados inusuales, de una manera u otra: “Sus señorías, a pesar de la atractiva argumentación del abogado del apelante, consideren que ciertamente no hay necesidad de realizar la adición propuesta a la Sección 10(1)(b). De hecho, si se hiciera, el inciso seguiría funcionando de forma retroactiva y también llevaría a resultados absurdos. Supongamos que un sargento de policía se jubila el 15 de mayo de 1971, el día después de la entrada en vigor de la ordenanza, y que otro sargento de policía se jubila el 13 de mayo, y que ninguno de los dos puede prestar una declaración satisfactoria al tribunal sobre cómo han llegado a su poder bienes que no guardan proporción con respecto a su remuneración pasada. El primer sargento de policía sería culpable de un delito y, en efecto, sería castigado por los sobornos que hubiera recibido antes de la entrada en vigor de la ordenanza. Sin embargo, el segundo sargento de policía, que se encontraba exactamente en la misma situación que el primero, salvo que se había jubilado dos días antes, quedaría impune. Esta no puede haber sido la intención cuando se promulgó la ordenanza, y no puede haber ninguna justificación para añadir palabras al inciso que produzcan un resultado tan extraño. Es imposible no dar a la sección 10(1)(b) efecto retroactivo sin reescribir todo el inciso, lo que, por supuesto, no es factible bajo ningún punto de vista”.

509 *Lai Man-Yau c. Fiscal General* (N.º 2) [1978] HKCU 79.

510 Comisión de Reforma Legislativa de Australia (*Australian Law Reform Commission*), *Traditional Rights and Freedoms—Encroachments by Commonwealth Laws*, ALRC Report 129, presentado el 2 de marzo de 2016 en [13.11]-[13.34].

511 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Sección 55(9); *Stanley Mombo Amuti c. Comisión Anticorrupción (Anti-Corruption Commission) de Kenia* (Apelación civil n.º 184 de 2018). No obstante, cabe señalar que este tema no se abordó ni se debatió con mayor detalle.

Por otra parte, la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Australia a nivel federal especifica que el cálculo de los activos totales de una persona debe incluir una evaluación de los bienes que poseía, controlaba o disponía en “cualquier momento”.⁵¹² La exposición de motivos que acompaña al proyecto de ley que introdujo estas disposiciones también especifica que la palabra “cualquier momento” incluye “antes del momento en que las leyes de riqueza de procedencia inexplicable de la Commonwealth entraron en vigor”, indicando claramente que la ley puede aplicarse a los bienes adquiridos por una persona antes de que se promulgase.⁵¹³

Esta actitud también queda inequívocamente descrita en la redacción de la ley sobre enriquecimiento ilícito civil de Australia Occidental, que establece específicamente que “se aplica a los activos de procedencia inexplicable de una persona, independientemente de que cualquier propiedad, servicio, ventaja o beneficio que constituya la riqueza de la persona haya sido adquirido antes o después de la entrada en vigor de esta ley”.⁵¹⁴

512 [Traducción no oficial] Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de 2002 (Australia: Jurisdicción Federal), Sección 179G.

513 [Traducción no oficial] Exposición de motivos, Proyecto de ley de modificación de la legislación penal (activos de procedencia inexplicable y otras medidas) de 2014 (*Explanatory Memorandum, Crimes Legislation Amendment [Unexplained Wealth And Other Measures]*) (Australia: Jurisdicción Federal).

514 [Traducción no oficial] Ley sobre Confiscación de Propiedades derivadas de Actos Delictivos (*Criminal Property Confiscation Act*) (Australia: Australia Occidental), Sección 5.

Quinta parte

Aportes de los especialistas

Resumen

La siguiente parte incluye los aportes de cinco especialistas.

El primero es de **Phillip G. Kagucia**, director adjunto de la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) de Kenia, y ofrece un resumen de las disposiciones de decomiso relativas a la riqueza inexplicable provistas en la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de Kenia. Esta ley, clasificada como una ley sobre enriquecimiento ilícito civil dentro de esta publicación, se aplica cada vez más para perseguir y recuperar con éxito ganancias derivadas de actos de corrupción en Kenia, como en la sentencia del caso *Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción c. Patrick Ochiemo Abachi y 6 personas más*⁵¹⁵ dictada el 10 de marzo de 2021.⁵¹⁶

El segundo es de **Preeya Raghoonundun**, funcionaria sénior de informes de integridad de la *Integrity Reporting Services Agency* (República de Mauricio), y expone el modelo único de orden de riqueza inexplicable contenido en la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (*Good Governance and Integrity Reporting Act*). Como en el ejemplo de Kenia, este mecanismo –clasificado como ley sobre enriquecimiento ilícito civil en esta publicación– se emplea cada vez más para perseguir las ganancias derivadas de delitos y la corrupción en la República de Mauricio.

El tercero es del **Dr. Alcides Chinchay**, fiscal supremo del Ministerio Público de Perú, quien analiza la introducción y evolución del delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal del país. Este aporte abarca el carácter “subsidiario” del delito de enriquecimiento ilícito peruano en el contexto de otros delitos penales, y ofrece una visión general de las características esenciales de esta ley y de los objetivos de política penal que subyacen a su introducción.

El cuarto es de **Francis H. Cassidy**, miembro nacional para Irlanda en Eurojust y exfuncionario jurídico de la Oficina de Activos Criminales (*Criminal Assets Bureau*) de Irlanda, quien analiza el mecanismo único de confiscación contenido en la Ley del Producto del Delito (*Proceeds of Crime Act*) de Irlanda. Aunque este mecanismo no está clasificado como ley sobre enriquecimiento ilícito en esta publicación, esta ley se asemeja a varios mecanismos civiles de enriquecimiento ilícito y ha demostrado ser una herramienta sumamente exitosa para la Oficina de Activos Criminales de Irlanda en sus esfuerzos por recuperar las ganancias del crimen organizado.

515 Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción c. Patrick Ochiemo Abachi y otras 6 personas (ACEC n.º 15 de 2019), dictada el 10 de marzo de 2021.

516 En el momento de la publicación, las personas en cuestión en este caso todavía podían apelar.

El quinto y último es de **Jonathan Spicer**, *senior asset recovery specialist* del International Centre for Asset Recovery, procurador, exfiscal especializado y abogado de la Corona de la Fiscalía de la Corona del Reino Unido. Spicer ofrece una visión general de la cooperación internacional, y específicamente de los esfuerzos de asistencia jurídica mutua, en el contexto del enriquecimiento ilícito. Analiza los posibles desafíos en casos en que los procesos sobre enriquecimiento ilícito en un país requieren información y pruebas de otro país que aún no ha promulgado una ley al respecto.

5.1 Kenia: La Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos y el decomiso de activos de procedencia inexplicable

Phillip G. Kagucia

Director adjunto de la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción y abogado especialista en recuperación de activos

La ley

En Kenia, la legislación sobre el decomiso de activos de procedencia inexplicable se encuentra en la Parte VI de la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos de 2003 –ACECA–, que aborda la Compensación y Recuperación de Beneficios Indebidos.

El Artículo 55 de la ACECA faculta a la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción –EACC–⁵¹⁷ a entablar un procedimiento civil ante el Tribunal Supremo en los siguientes casos:

- (a) La Comisión está convencida de que la persona posee activos de procedencia inexplicable luego de una investigación; y
- (b) en el curso del ejercicio de las facultades de investigación de la Comisión o de otra manera, la persona ha tenido una oportunidad razonable de explicar la desproporción entre los activos en cuestión y sus fuentes legítimas de ingresos conocidas, y la Comisión no está convencida de que se haya aportado una explicación adecuada al respecto.

El Tribunal de Apelaciones en el caso *Stanley Mombo Amuti c. la Comisión Anticorrupción de Kenia* sentó un precedente mediante la reafirmación de los componentes de una acusación de activos de procedencia inexplicable:

- i. Debe establecerse un plazo para la investigación de la persona en cuestión.
- ii. La persona debe ser considerada presuntamente responsable de actos de corrupción o de delitos económicos.
- iii. La persona debe poseer activos cuyo valor no guarde proporción con respecto a sus fuentes de ingresos conocidas en el período de investigación o cerca de este.
- iv. No hay una declaración satisfactoria sobre la desproporción de los activos.⁵¹⁸

517 La EACC es una comisión independiente cuyo mandato se deriva de la Constitución de Kenia y de otras leyes, a saber, la Ley de la Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission Act*) de 2011 (Kenia), la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos de 2003 (Kenia), la Ley de Ética de los Funcionarios Públicos (*Public Officer Ethics Act*) de 2003 (Kenia) y la Ley de Liderazgo e Integridad (*Leadership and Integrity Act*) de 2012 (Kenia).

518 Comisión Anticorrupción de Kenia c. Stanley Mombo Amuti (Apelación Civil n.º 184 de 2018) en [64].

Solicitud, pruebas y umbrales probatorios

Antes de solicitar el decomiso de activos de procedencia inexplicable, la EACC suele solicitar órdenes de conservación en virtud del Artículo 56 de la ACECA con el objetivo de evitar la enajenación de los presuntos activos de procedencia inexplicable durante las investigaciones, y antes del inicio de los procedimientos civiles. Es posible presentar una solicitud *ex parte* en virtud de este Artículo y la EACC solo tiene que probar que existe una sospecha razonable de que los activos fueron adquiridos por medio de actos de corrupción.

Una vez concluidas las investigaciones, la EACC puede presentar una citación para la incoación de un proceso respaldada por una o varias declaraciones juradas en las que se solicite la declaración de que los activos indicados son de procedencia inexplicable y, que en consecuencia, deben decomisarse a nombre del Estado. Se trata de un proceso de extinción de dominio sin condena, que se resuelve en función del balance de probabilidades.

Durante el procedimiento judicial, se producirá una inversión la carga de la prueba después de que la EACC pruebe que el acusado está en posesión de activos que se cree son ganancias derivadas de actos de corrupción y que no pueden ser explicados. En esta coyuntura, corresponde al acusado cumplir con esa carga y demostrar que los activos en cuestión fueron adquiridos por medios distintos a la corrupción.

Los activos considerados inexplicables se entregan al Tesoro⁵¹⁹ y se ponen bajo la administración del secretario principal, quien los deposita en el Fondo Consolidado. El hallazgo de activos de procedencia inexplicable puede emplearse en un procedimiento penal para corroborar las pruebas respecto al beneficio adquirido por el sospechoso, y reforzar las acusaciones de corrupción.⁵²⁰ Por tanto, cuenta con un valor probatorio importante.

Desafíos para la aplicación de la ley

En términos comparativos, los procedimientos judiciales sobre activos de procedencia inexplicable son un área relativamente nueva del derecho en Kenia, por lo que los tribunales todavía están desarrollando una comprensión del asunto de manera integral. Por ejemplo, los jueces que instruyen estos procedimientos han tendido a centrarse exclusivamente en la credibilidad de la declaración de la persona en cuestión para determinar si un activo es “de procedencia inexplicable”, en lugar de también considerar categorías de pruebas más amplias en torno a la adquisición de los activos en sí mismos.

Además, el poder judicial de Kenia tardó años en apreciar los matices de las disposiciones sobre riqueza de procedencia inexplicable, como en la primera decisión del Tribunal Supremo en el caso *Comisión Anticorrupción de Kenia c. Stanley Mombo Amuti*.⁵²¹ Allí, el juez consideró que

519 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Sección 56C.

520 [Traducción no oficial] Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de 2003 (Kenia), Sección 57.

521 *Comisión Anticorrupción de Kenia c. Stanley Mombo Amuti* [2011] eKLR.

había incongruencias en el estándar probatorio cuando la carga de la prueba era invertida de la EACC al acusado. Según el juez, el acusado debía probar la legitimidad de sus activos a un estándar más alto que el establecido para la EACC, en tanto estaba obligado a probar que estos fueron adquiridos por medios distintos a actos de corrupción, que suponen un delito penal. Esta concepción errónea fue resuelta por el Tribunal de Apelaciones en el caso *Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (Ethics and Anti-Corruption Commission) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (Anti-Corruption Commission) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti*.⁵²²

En este y en otros casos, los abogados defensores han impugnado la constitucionalidad del mandato de la EACC alegando la vulneración de los derechos a la intimidad, a la propiedad y a una actuación administrativa justa. En consecuencia, el proceso para lograr un fallo definitivo sobre la “procedencia inexplicable” de los activos puede ser largo y tortuoso.

Por ejemplo, la resolución final del ya mencionado caso *Amuti* se prolongó durante 13 años, con procedimientos que se prolongaron desde 2008 hasta el agotamiento de todas las instancias de apelación en 2020.⁵²³

A pesar de estas dificultades, y en reconocimiento del importante papel que puede desempeñar esta ley en la lucha contra la corrupción, la EACC viene llevando a cabo numerosos procedimientos judiciales relacionados con activos de procedencia inexplicable.

522 Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR.

523 Stanley Mombo Amuti c. Comisión Anticorrupción de Kenia [2020] eKLR.

5.2 República de Mauricio: Persiguiendo activos de procedencia inexplicable mediante la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza

Preeya Raghoonundun

Funcionaria sénior de informes de integridad de la *Integrity Reporting Services Agency*

Contexto de la República de Mauricio

Para ayudar a combatir el enriquecimiento ilícito, la República de Mauricio aprobó la Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza de 2015 –“la Ley GGIR”–, que introdujo el concepto de “activos de procedencia inexplicable” al canon de la legislación nacional.

La Ley GGIR representa un enfoque único para este tema y, hasta el día de hoy, sus disposiciones no tienen comparación con ninguna otra legislación.

En este país, las condenas penales y los decomisos de activos basados en condenas pueden ser extremadamente difíciles de lograr. Aunque esto no es en absoluto un problema exclusivo de la República de Mauricio, puede verse exacerbado al ser una isla con una población pequeña, donde los delitos de mayor gravedad, como el tráfico de drogas y la corrupción a gran escala, suelen ir acompañados de la intimidación de testigos, el amiguismo, las presiones de la comunidad y los abusos procesales, etc.

La Ley GGIR pretende abordar estos problemas facilitando la recuperación de los bienes adquiridos ilícitamente en un contexto civil.

Funcionamiento de la Ley GGIR

Las solicitudes de derecho en el marco de la Ley GGIR son mecanismos civiles que permiten el decomiso de bienes sin necesidad de procedimientos penales largos e inciertos.

La Ley GGIR es especialmente eficaz cuando se aplica en casos en los que se cuenta con una sospecha sólida de enriquecimiento delictivo, pero que no puede probarse, ya que hace recaer en el titular de los bienes la responsabilidad de demostrar, según el balance de probabilidades, que los activos fueron adquiridos honestamente.

En teoría, la aplicación de la Ley GGIR es sencilla.

La Ley instituye la *Integrity Reporting Services Agency* –“la Agencia”–, y la faculta para exigir a los ciudadanos mauricianos que expliquen, por medio de una declaración jurada, las fuentes de los fondos utilizados para adquirir ciertos bienes. La Agencia analiza las declaraciones del titular de los bienes e informa sobre su análisis y recomendaciones a la *Integrity Reporting Board* –“la

Junta”-, instancia que también se establece en virtud de la Ley y está facultada para ejercer supervisión.

Si la Agencia y la Junta llegan a la conclusión de que la persona en cuestión no ha explicado adecuadamente las fuentes de los fondos utilizados para adquirir los bienes, la Agencia solicitará una Orden de Riqueza Inexplicable -UWO-. Sin embargo, las UWO solo pueden ser emitidas por un juez de la Cámara que evalúa de forma independiente tanto las declaraciones de la persona en cuestión como las pruebas de la Agencia. Si el juez emite la UWO, la titularidad de los bienes en cuestión recae en la Agencia y se ejecuta de conformidad con el estatuto.

La Agencia no está obligada a probar nada más allá de la propiedad o el control de los bienes por parte de un ciudadano de la República de Mauricio -dondequiera que este se encuentre-. Una vez probado, la responsabilidad recae en el propietario, quien debe demostrar que, según el balance de probabilidades, los fondos proceden de fuentes legales. Si la Agencia lo recomienda, y la Junta está de acuerdo y así lo ordena, la Agencia solicitará una UWO, que podrá ser concedida en base a las declaraciones juradas probatorias.

Propósito de la Ley GGIR

El objetivo principal de la Ley GGIR, aunque no se indique explícitamente, es impedir que los delincuentes obtengan beneficios económicos de sus delitos. Aunque sean condenados, los delincuentes más afortunados no temen a la cárcel, ya que esta a menudo les brinda la oportunidad de ampliar sus redes criminales y planear nuevos delitos. Sin embargo, si los delincuentes pierden su casa, sus autos, sus yates, sus Rolex y el resto de sus comodidades, las actividades delictivas pierden el sentido.

Desafíos para la aplicación de la ley

Independientemente de lo bien concebido que esté el estatuto, la Ley GGIR solo es de utilidad si se hace cumplir. Y para ello se requiere de armonía entre la voluntad política, la colaboración interinstitucional y los tribunales. Aunque la voluntad política abunda en la República de Mauricio, la Agencia no tiene poderes especiales de investigación y está obligada a depender de la colaboración interinstitucional y de los tribunales para funcionar de forma óptima.

Las demás agencias de orden público, los organismos de interés público y las corporaciones de derecho público están obligadas legalmente a informar a la Agencia de sus sospechas fundadas de que alguien pueda tener una riqueza de procedencia inexplicable y a prestarle toda la asistencia razonable en sus investigaciones. Sin embargo, no se prevén sanciones por incumplir este mandato y no todos los organismos están dispuestos a remitir casos a la Agencia. En la República de Mauricio, así como en el resto del mundo, también existen cuestiones de rivalidad interna y comportamientos administrativos aislados.

Los retrasos innecesarios en los procedimientos judiciales también pueden obstaculizar gravemente el régimen del decomiso. Por ejemplo, una solicitud de UWO presentada por la Agencia al Tribunal no avanzó durante más de un año porque la persona en cuestión no había

presentado una declaración jurada. En su lugar, la persona solicitó, y se le concedieron, numerosos aplazamientos por motivos a menudo espurios en un claro abuso procesal.

Un ejemplo de éxito

Un simple ejemplo demuestra cómo la Ley GGIR puede aplicarse de forma sencilla y eficaz. En 2017, un presunto miembro de una red de tráfico ilícito de drogas fue interceptado en el aeropuerto portando grandes sumas de dinero en efectivo no declarado, tanto en rupias como en otras monedas, ocultas en su cuerpo y en fondos falsos dentro de su equipaje. La policía registró su domicilio y el de un familiar cercano encontrando aún más dinero en efectivo.

Bajo la sospecha de que el dinero era un instrumento del delito, la policía lo detuvo, continuó sus investigaciones y reportó el caso a la Agencia. El sospechoso, bajo custodia, pidió tiempo a la Agencia para aportar pruebas documentales de las fuentes de los fondos, pero finalmente no presentó una declaración jurada explicativa. Posteriormente, la Agencia le hizo llegar una orden de divulgación que fue ignorada. El sospechoso, por otra parte, afirmó que los fondos pertenecían a otra persona.

Como no había explicado el origen de los fondos, a pesar de que se le había dado suficiente oportunidad para hacerlo, la Agencia solicitó, y le fue concedida rápidamente, una UWO. Los fondos fueron incautados y depositados en una cuenta bancaria especialmente designada para la mitigación de la pobreza.

Observación final

Aunque, como se ha señalado anteriormente, la Ley GGIR incluye elementos draconianos, también cuenta con medidas precautorias incorporadas para evitar su utilización indebida. Con su marcado énfasis en la supervisión independiente, la Ley GGIR de la República de Mauricio constituye un mecanismo equilibrado y justo para la recuperación de la riqueza de procedencia inexplicable.

5.3 Perú: Enriquecimiento ilícito como herramienta de lucha contra la corrupción y los delitos financieros

Dr. Alcides Chinchay

Fiscal Supremo del Ministerio Público de Perú

Evolución legislativa

La prohibición del enriquecimiento ilícito se incluyó originalmente en el Artículo 62 de la Constitución peruana de 1979. Sin embargo, esta enmienda constitucional no instauró un delito penal sino un mandato constitucional general. Finalmente, se estableció una disposición en el Código Penal mediante el Decreto Legislativo n.º 121 de 12 de junio de 1981. Este Decreto incorporó los siguientes elementos:

- El funcionario o servidor público que, debido a su cargo o funciones, se enriquezca sin causa, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.
- Se presume el enriquecimiento ilícito cuando el incremento patrimonial del funcionario público, en consonancia con su declaración o declaraciones juradas de activos y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera tenido en virtud de los sueldos o remuneraciones que ha percibido.

Como es habitual en Perú, esta modificación del Código Penal obedeció a criterios de política contra la delincuencia y se llevó a cabo a través de un mecanismo constitucional que delegó facultades legislativas del congreso al poder ejecutivo. Como tal delegación se ejecutó en el marco de una cláusula muy precisa en materia penal, impuso limitaciones a la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito en la práctica. En particular, requería que el nuevo delito se aplicara de acuerdo con los principios constitucionales del debido procedimiento, lo que implica el respeto de garantías constitucionales como la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, entre otras.

Como consecuencia, una línea de jurisprudencia basada en estas consideraciones constitucionales declara que el delito de enriquecimiento ilícito debe tener una aplicación “subsidiaria” o “residual” en relación con otros delitos penales –principales–. Por aplicación residual debe entenderse que este delito solamente se aplica cuando no se ha podido identificar la conducta delictiva subyacente que da lugar al desbalance patrimonial del funcionario.

Justificación para una ley sobre enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito es importante en la lucha contra la corrupción por al menos dos razones:

- i) Existe un alto porcentaje de informalidad en la economía peruana –alrededor del 70 % de las actividades económicas se realizan fuera del sistema financiero formal–; y
- ii) Existe poco control en las contrataciones del Estado, lo que implica que el uso de importantes recursos públicos se decide sin poder evaluar la pertinencia y viabilidad de las obras públicas, situación que es un terreno fértil para el fraude.

Como resultado de la combinación de estos dos factores, las contrataciones estatales peruanas se han convertido en la principal fuente de desvío de fondos públicos. La informalidad permite recibir grandes sumas de dinero en efectivo que pueden ser literalmente escondidas bajo el colchón y reinyectadas en la economía inestable sin mayores contratiempos. En estas circunstancias, probar que se cometieron delitos de corrupción más específicos, como la colusión agravada, la malversación, el soborno, etc., es especialmente difícil. El delito de enriquecimiento ilícito está, por tanto, destinado a reprimir los delitos contra la administración pública como último recurso y de forma residual. Es una herramienta de política penal que se aleja de los conceptos básicos del derecho penal y busca reprimir actos de corrupción que, en el contexto de la informalidad y otros obstáculos ya mencionados, son difíciles de judicializar.

Base jurídica

La base jurídica de la ley sobre enriquecimiento ilícito de Perú la constituyen los siguientes instrumentos:

- Convención Interamericana contra la Corrupción, Artículo IX.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Artículo 20.
- Código Penal, Artículo 401.

Características

En Perú, el delito de enriquecimiento ilícito tiene una naturaleza peculiar ya que no castiga la acción u omisión del perpetrador, elementos clave de los enjuiciamientos penales ordinarios en los países de derecho continental. En cambio, este delito castiga una situación de hecho que corresponde a la posesión de activos que no pueden justificarse.

En otras palabras, el fiscal no tiene que probar una conducta específica, sino únicamente el enriquecimiento ilícito en sí. En consecuencia, se rompe el vínculo causal entre una conducta y su resultado –otro elemento esencial de la responsabilidad penal en los países de derecho continental–.

Es importante señalar que el delito de enriquecimiento ilícito únicamente se aplica a funcionarios públicos. Expresiones de la ley como “debido a su función”, o “abusando de su función” corroboran esta condición. Así, además de probar la situación de desproporción, es necesario demostrar la

condición de “funcionario público” del perpetrador y un acto ilícito en función. Sin embargo, podría existir un *petitio principii*: probar un acto ilegal en función específico llevaría a la incriminación por otros delitos. Por lo tanto, la condición de funcionario público solo debe probarse mientras se ha producido el aumento de capital.

Por último, también cabe mencionar que el delito de enriquecimiento ilícito activa una inversión de la carga de la prueba –lo cual se trata en mayor detalle más adelante–.

Instrumento de política penal

La penalización del enriquecimiento ilícito permite judicializar a funcionarios corruptos –y sus activos– en base a un aumento injustificado de sus activos. Según la jurisprudencia, esto último constituye una prueba objetiva de la existencia de un delito.

El delito de enriquecimiento ilícito forma parte de un conjunto de medidas legislativas que implementan una política penal estatal contra el aumento de la delincuencia económica organizada. El objetivo de la disposición relativa al enriquecimiento ilícito es evitar la impunidad en situaciones en las que la fiscalía ha llevado a cabo una investigación exhaustiva sobre el origen de la riqueza injustificada pero no ha podido identificar un delito subyacente con el estándar probatorio pertinente. En ese sentido, el delito de enriquecimiento ilícito constituye el último recurso –*ultima ratio*– de la justicia penal para castigar un comportamiento que ha dado lugar a un aumento del patrimonio del funcionario.

Carga de la prueba

La cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito en los sistemas de derecho continental es de amplio debate en la doctrina y la jurisprudencia. Dicho debate se centra en si este delito plantea una inversión de la carga de la prueba.

Algunas consideraciones:

- En los procedimientos penales, la carga de la prueba recae en el Ministerio Público.
- Por lo tanto, esta entidad sigue teniendo el deber primario de probar los elementos del delito.
- En virtud de las reglas de procedimiento relativas a la fase de investigación, corresponde al fiscal investigador aportar las pruebas necesarias para justificar su pretensión judicial.

En este contexto, puede decirse que no existe una inversión total de la carga de la prueba en los procedimientos en materia de enriquecimiento ilícito. El fiscal debe, al menos, probar que existe una desproporción patrimonial en el funcionario acusado, teniendo en cuenta sus ingresos legales declarados y sus activos reconocibles. Y, como se ha señalado anteriormente, la penalización del enriquecimiento ilícito permite judicializar a los funcionarios corruptos –y sus activos– únicamente

en base al incremento patrimonial, ya que no se requiere la prueba de un delito subyacente específico.

Si el fiscal demuestra la existencia de una desproporción, surge una presunción refutable de que se ha producido un enriquecimiento ilícito y el acusado debe demostrar que dicha presunción es incorrecta, y que existe una justificación legal para los activos en cuestión.

Causalidad

En los países de derecho continental, el derecho penal exige que un resultado –el delito– sea la consecuencia de un comportamiento ilícito –principio de causalidad–. El enfoque del enriquecimiento ilícito consiste en eludir los requisitos de la relación de causalidad centrando la responsabilidad penal en el resultado y no en el comportamiento del perpetrador: el aumento de los activos.

La jurisprudencia ha determinado que en materia del enriquecimiento ilícito existe la obligación de probar el vínculo causal entre el enriquecimiento y la posición oficial del perpetrador del delito, ya que, como indica la ley, “por la naturaleza del acto ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para aumentar ilícitamente su riqueza”. Por lo tanto, el enriquecimiento debe producirse mientras el perpetrador está en funciones.

Recuperación de activos

Como punto final, es importante señalar que el delito de enriquecimiento ilícito no ofrece un régimen diferente al de otros delitos en lo que respecta a la recuperación de activos. En caso de que existan ganancias derivadas de un delito, estas deben estar sujetas al régimen ordinario de confiscación penal, que según la legislación nacional es una consecuencia secundaria de la sanción.

Por ejemplo, la mansión que el funcionario corrupto no pueda justificar será decomisada en el contexto de los procedimientos penales contra este. Como se ha expuesto anteriormente, la inversión de la carga de la prueba cumple un papel importante en cuanto a la parte a la que se le asignará dicha carga.

También cabe mencionar que, debido a su naturaleza residual o subsidiaria, el enriquecimiento ilícito no permite determinar con exactitud el origen del incremento en los activos; es decir, si el enriquecimiento se origina con dinero privado –como en caso del soborno– o con dinero público –como en caso de la malversación–. En consecuencia, los bienes involucrados en el delito no pueden ser objeto de reparación o restitución civil, ya que ello presupone la identificación de un delito concreto y de una víctima con derecho a restitución o compensación.

5.4 Una alternativa a las leyes sobre enriquecimiento ilícito: el recurso de decomiso sin condena provisto en la Ley del Producto del Delito de Irlanda de 1996

Francis H. Cassidy

Miembro nacional para Irlanda en Eurojust y exresponsable jurídico de la Oficina de Activos Criminales

El recurso de decomiso previsto en la Ley del Producto del Delito –“la POCA”– de 1996 puede ser difícil de clasificar en un contexto jurídico. Cuando se redactó, la POCA no se basó en ningún modelo internacional existente, sino principalmente en la Ley –Enmienda– de Delitos contra el Estado (*Offences Against the State [Amendment] Act*) de 1985, una disposición concebida para perseguir la financiación del terrorismo en Irlanda.

En resumen, se trata de un recurso legal, que ejercen los funcionarios del Estado, y que se desarrolla en las siguientes cuatro etapas: una orden provisional, una orden interlocutoria, una orden de ejecución y una orden de enajenación.

Las características principales de la POCA son las siguientes:

1. Se aplica a bienes “específicos” cuyo valor no sea inferior a 5000 euros y que constituyan directa o indirectamente ganancias derivadas de un delito, es decir, opera *in rem*.
2. Las consideraciones relativas a las pruebas se determinan mediante una evaluación civil, y no penal, es decir, “según el balance de probabilidades”.
3. En la primera fase del proceso judicial, el Tribunal Supremo puede conceder una orden provisional, *ex parte*, para congelar los bienes a petición de un miembro de la *An Garda Síochána* con un rango no inferior al de superintendente en jefe⁵²⁴, una vez que esté convencido de que estos bienes constituyen directa o indirectamente ganancias derivadas de un delito (Sección 2).
4. En la segunda fase del procedimiento, el Tribunal puede conceder una orden interlocutoria sobre dichos bienes, previa solicitud en un plazo de 21 días, si pareciera que constituyen directa o indirectamente ganancias derivadas de un delito, a menos que la persona en cuestión –o cualquier otra persona– exponga a satisfacción del Tribunal que ese no es el caso (Sección 3).

524 O un funcionario de las autoridades fiscales (Ley del Producto del Delito de 1996 [Irlanda], Sección 1[1]).

5. Durante estos procesos judiciales, la “sospecha” de un miembro de la *An Garda Síochána* que no tenga un rango inferior al de superintendente en jefe constituirá una “prueba” (Sección 8).
6. Asimismo, el Tribunal puede ordenar a la persona en cuestión que facilite detalles de sus ingresos durante los seis años anteriores y que describa sus activos (Sección 9).
7. Cabe destacar que cualquier persona, incluida la víctima, que alegue disponer de un derecho sobre los bienes, puede solicitar al Tribunal la anulación de esta orden (Sección 3(3)), además el Tribunal tiene la facultad para modificar una orden de la Sección 2 o 3 a los efectos de liberar fondos para gastos legales, comerciales y de subsistencia esenciales (Sección 6).
8. Cuando una orden provisional o interlocutoria entra en vigor, la ley prevé el nombramiento de un administrador judicial para que administre o, como es más habitual, venda los bienes y deposite las ganancias en una cuenta bancaria que devengue intereses, a la espera de una nueva orden del Tribunal (Sección 7).
9. Una vez que una orden interlocutoria de la Sección 3 ha permanecido en vigor durante 7 años, el Tribunal es competente para dictar una orden de enajenación que transfiera todos esos bienes en beneficio del Tesoro Público (Sección 4).
10. El Tribunal también tiene la facultad para dictar una orden de compensación a cualquier persona en cuestión si se demuestra que una orden dictada en virtud de esta ley ha perjudicado injustificadamente a dicha persona (Sección 16). Es posible argumentar que esta disposición evita la necesidad de que el demandante se comprometa a pagar una indemnización por daños y perjuicios, como se exigiría normalmente en el caso de una solicitud de orden judicial.

En la práctica, los tribunales han resuelto que una audiencia en virtud de la Sección 3, que puede haber comprendido alegaciones de la persona en cuestión impugnando el caso del Estado –de conformidad con la Sección 3 (3)–, constituye una audiencia definitiva. Por lo tanto, si durante dicha audiencia el tribunal llega a la conclusión de que los bienes en cuestión son ganancias derivadas de un delito, generalmente procederá a nombrar a un administrador judicial para que guarde, administre y mantenga los bienes “especificados” durante el período de siete años antes de que se pueda dictar una orden de enajenación definitiva y dichos bienes se asignen al Estado.⁵²⁵ La Corte Suprema estimó que dejar a la persona en cuestión en posesión de los bienes, que la misma Corte ha determinado que son ganancias derivadas de un delito, durante otros siete años sería incompatible con la finalidad de la ley.⁵²⁶

Dicho esto, estas órdenes de ejecución suelen tener en cuenta las circunstancias de la persona en cuestión, los cónyuges y las necesidades de hijos dependientes. Por ejemplo, a los cónyuges se

525 A petición de la Oficina de Activos Criminales de conformidad con la Sección 7.

526 Véase la sentencia de Hardiman J, en CAB c. Kelly y Anor [2012] IESC 64.

les ha concedido un derecho de residencia temporal y se han suspendido órdenes de ejecución a la espera de que los menores de edad completen sus estudios.

Por lo tanto, cabe señalar que no es la orden de la Sección 3 en sí misma, sino su combinación con una orden de ejecución coetánea, lo que permite privar a la persona en cuestión de las ganancias de su actividad delictiva a medio plazo, y la titularidad formal de los bienes en sí no se transmite sino hasta siete años después, cuando se dicta la orden de enajenación definitiva. Esto permite a la víctima, o a un propietario legítimo, reclamar la propiedad durante dicho período de tiempo.

Una característica única de la POCA: Sección 8. “La sospecha como medio probatorio”

Si bien el tribunal puede tomar en consideración la “sospecha” de un miembro de la *An Garda Síochána* como prueba en virtud de la POCA, cabe destacar que sigue correspondiendo al tribunal determinar el “valor” que atribuye a la misma. La descripción del procedimiento de valoración de estas pruebas de *McCracken J. F. McK c. G.W.D*⁵²⁷ es bastante ilustrativa:

Considero que el procedimiento correcto para un juez de primera instancia en circunstancias como las del presente caso es el siguiente:

1. En primer lugar, debe considerar la situación en virtud de la Sección 8. Debería tomar en cuenta las pruebas aportadas por el miembro o el funcionario autorizado con respecto a su sospecha y, al mismo tiempo, considerar cualquier otra prueba, como la de los dos agentes de policía en el presente caso, que pueda justificar razonablemente dicha sospecha.
2. Si estima que la sospecha está fundamentalmente justificada, debe admitir explícitamente dicha sospecha del miembro o funcionario autorizado como prueba.
3. Solo entonces debe pasar a examinar la situación de conformidad con la Sección 3. Debe examinar las pruebas presentadas por el demandante, que en el presente caso serían tanto las pruebas del miembro o agente autorizado en virtud de la Sección 8 como las pruebas de los otros agentes de policía.
4. Deberá determinar si estas pruebas constituyen un caso *prima facie* en virtud de la Sección 3 y, si así lo determina, la responsabilidad de la prueba se traslada al demandado o a otra persona determinada.
5. A continuación, debe examinar las pruebas proporcionadas por el demandado u otra persona y determinar si está convencido de que se ha correspondido a la carga de la prueba asumida por el demandado o por la otra persona.
6. Si está convencido de que el demandado u otra persona determinada ha cumplido con la carga de la prueba, el procedimiento debe ser sobreseído.
7. Si no está convencido, debe considerar si existe un riesgo grave de injusticia. Si se siguen los pasos en este orden, el riesgo de que se produzca la confusión que ha surgido en el presente caso debería ser mínima.

527 F. McK c. GWD [2004] 2 I.R. 470 en [70].

Esto tiene el efecto práctico de que si la persona en cuestión decide no aportar pruebas que demuestren la procedencia lícita de los bienes, el tribunal podrá atenerse a las pruebas del funcionario en jefe para resolver, si bien la jurisprudencia sugiere que dicha resolución no debería realizarse sin algún tipo de prueba corroborativa. Por ejemplo, McGuinness J indicó en *Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (Criminal Assets Bureau)*⁵²⁸ que tales pruebas no son “concluyentes” y son “susceptibles de ser impugnadas” y que “un tribunal debería tomarse su tiempo antes de dictar órdenes en virtud de la Sección 3 sin pruebas adicionales que corroboren las primeras”.⁵²⁹

Sección 9. Órdenes que requieren a las personas en cuestión que proporcionen información sobre los bienes

Otra sección controvertida de la POCA faculta a un tribunal a ordenar a la persona en cuestión que preste una declaración jurada en la que se especifiquen los bienes que posee o controla y sus fuentes de ingresos.

Sin embargo, la jurisprudencia y las enmiendas posteriores también han limitado el uso de esta sección en la práctica. En concreto, debido a la preocupación de que una orden en virtud de la Sección 9 pudiera vulnerar el derecho a la no autoincriminación de la persona en cuestión, el juez Moriarty se mostró reacio a conceder dicha orden en el caso *M c. D*⁵³⁰ sin la garantía del director del Ministerio Público de que tal revelación no se utilizaría en el curso de un proceso penal. Una enmienda legislativa posterior abordó esta preocupación, decretando que una declaración jurada de ese tipo era inadmisibles como prueba en cualquier procedimiento penal contra esa persona o su cónyuge.⁵³¹

Objeciones a la POCA por su incidencia en los principios legales

En el transcurso de las solicitudes presentadas en virtud de la POCA, varias personas objeto de dichas solicitudes han impugnado su compatibilidad con los principios legales establecidos en la Constitución de Irlanda (*Bunreacht na hÉireann*).⁵³²

Casi todos los puntos relevantes se trataron en los casos *Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (Criminal Assets Bureau)*, *Murphy c. GM PB PC Ltd*⁵³³ y en la audiencia conjunta de las apelaciones de estos dos casos por parte de la Corte Suprema en el caso *Murphy c. M(G)*,⁵³⁴ pronunciada el 18 de octubre de 2001.⁵³⁵ A continuación se exponen algunos de los principales argumentos y resoluciones que se plantearon en dichos procedimientos:

528 *Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (Criminal Assets Bureau)* [1997] IEHC 106.

529 *Ibid.*, en [160].

530 M c. D, IR 175 (sentencia no publicada).

531 [Traducción no oficial] Ley –Enmienda– del Producto del Delito (*Proceeds of Crime [Amendment] Act*) de 2005 (Irlanda), Sección 11.

532 Las primeras impugnaciones en este contexto se plantearon remitiéndose a la Constitución y no al TEDH, ya que Irlanda no promulgó la aplicación de este convenio sino hasta 2001, a pesar de haberlo firmado en 1951.

533 *Murphy c. GM PB PC Ltd* [1999] IEHC 5.

534 *Murphy c. M(G)*, [2001] IESC82.

535 *Ibid.*

Impugnación: El mecanismo de la POCA es en su esencia penal y no civil y, por lo tanto, no garantiza las protecciones procesales consagradas en el Artículo 38 de la Constitución –es decir, la presunción de inocencia, el estándar probatorio penal “más allá de toda duda razonable” en lugar del estándar de prueba civil “en función del balance de probabilidades” y el derecho a un juicio con jurado–.

Fallo: El trámite legal de la POCA es de naturaleza civil, no penal: “No se prevé el arresto o la detención de ninguna persona, la admisión de fianzas, el encarcelamiento de una persona por falta de pago de una pena, una forma de proceso penal iniciada por citación o acusación, el registro de una condena en cualquier forma o la introducción de un *nolle prosequi* en cualquier etapa”: elementos que indicarían que la POCA tipifica un delito penal.⁵³⁶

Impugnación: La ley constituye una inversión arbitraria del estándar de la carga de la prueba.

Fallo: La inversión solo se efectúa tras el establecimiento a satisfacción del tribunal de determinadas cuestiones. Además, existe el derecho a contrainterrogar. Por último, no se observa ninguna “deficiencia constitucional” en el procedimiento por el que se hace recaer sobre el propietario la carga de negar la inferencia, a partir de las pruebas aportadas, de que se ha cometido un delito penal.⁵³⁷

Impugnación: La ley vulnera el derecho a la no autoincriminación.

Fallo: El tribunal estuvo de acuerdo con Moriarty J. en *M c. D* en que antes de que se dicte una orden en virtud de la Sección 9 de la ley debe exigirse una indemnización por el uso por parte del fiscal general de cualquier prueba aportada de acuerdo con dicha orden.⁵³⁸

Impugnación: La ley, en su aplicación, vulnera los derechos a la propiedad privada.

Fallo: La POCA prevé sanciones y decomisos onerosos y de gran alcance, pero estos se encuentran directamente relacionados con la determinación, a satisfacción del tribunal, de que los bienes en cuestión son, directa o indirectamente, ganancias derivadas de un delito.⁵³⁹ Además, el Estado tiene un “interés legítimo” en el decomiso de las ganancias derivadas de un delito,⁵⁴⁰ y el “derecho a la propiedad privada no puede ocupar un puesto tan alto en la jerarquía de los derechos como para proteger la posición de los

536 Ibid.

537 Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (*Criminal Assets Bureau*) [1997] IEHC 106 en [106].

538 Ibid., en [119]; obsérvese también la introducción posterior contenida en la Ley –Enmienda– del Producto del Delito de 2005 (Irlanda), que ahora ofrece garantías legales en relación con este asunto.

539 Ibid., en [132].

540 Ibid., en [134].

bienes adquiridos o poseídos ilegalmente”.⁵⁴¹

Impugnación: La ley vulnera el Artículo 15(5) de la Constitución, ya que tiene efectos retroactivos.

Fallo: La adquisición de activos procedentes del delito no estaba tipificada como una actividad ilegal antes de la aprobación de la POCA y no se tipificó como tal a causa de esta.⁵⁴²

Conclusión

En el momento de su adopción, la POCA se consideró radical y muy a la vanguardia dentro de los recursos sin condena en la Unión Europea. No refleja del todo la legislación de “orden de riqueza inexplicable” existente en otras jurisdicciones del mundo, debido al mayor nivel del “umbral de acusación” que se requiere en los cuatro primeros pasos del fallo de McCracken y a la precaución ante la admisibilidad de las pruebas a partir de solo sospechas que se expresa en el fallo de McGuinness. Por el contrario, se trata de una solución irlandesa para un problema específicamente irlandés, que ha contribuido enormemente a la capacidad de la Oficina de Activos Criminales para hacer frente al crimen organizado y recuperar las ganancias derivadas de actos delictivos.

541 Ibid., en [136].

542 Ibid., en [140].

5.5 Búsqueda de cooperación internacional en casos de enriquecimiento ilícito

Jonathan Spicer

***Senior asset recovery specialist* del *International Centre for Asset Recovery*, procurador, exfiscal especializado y abogado de la Corona de la Fiscalía de la Corona (Reino Unido)**

La actividad delictiva no se limita a las fronteras nacionales. Por ello, las investigaciones sobre enriquecimiento ilícito tendrán a menudo un elemento internacional. Los investigadores pueden obtener información o pruebas de otras jurisdicciones que estén relacionadas con la presunta actividad delictiva que ha conducido al enriquecimiento ilícito o que estén relacionadas con la posesión, el encubrimiento o el uso de activos ilícitos.

Por ejemplo, se puede sospechar que un funcionario público emplea una estructura corporativa extranjera para mantener fondos ilícitos en cuentas bancarias de otra jurisdicción. Para avanzar en la investigación –y potencialmente congelar los fondos–, los fiscales tendrán que hacer uso de la asistencia jurídica mutua (AJM) para obtener pruebas de las jurisdicciones donde está registrada la empresa extranjera y donde se encuentra la cuenta bancaria.

Por otra parte, tal vez se sepa que el hijo de un funcionario público asiste a un reputado –y caro– colegio privado en el extranjero. Los investigadores buscarán información no solo sobre el importe de las cuotas pagadas, sino también sobre el origen y la forma de los pagos. La escuela puede proporcionar voluntariamente la información sobre el pago de las cuotas. En caso contrario, será necesaria una orden judicial.

Por lo tanto, en la medida en que esta información no esté disponible públicamente, se requerirá la ayuda de las autoridades competentes de las jurisdicciones en las que se encuentren la información o las pruebas. La posibilidad de que esa jurisdicción pueda asistir dependerá normalmente de su normativa nacional y también de si el enriquecimiento ilícito está tipificado en su jurisdicción como un delito o como un procedimiento civil.

Bases de la cooperación internacional

La cooperación internacional existe tanto a nivel informal como formal. La cooperación internacional informal suele considerarse como una cooperación a nivel de aplicación de la ley o como una asistencia de policía a policía. A menudo, esto equivale a un intercambio de información –por ejemplo, entre unidades de inteligencia financiera– o puede implicar una asistencia que puede proporcionarse sin necesidad de medidas coercitivas –como obtener asistencia voluntaria de la escuela en el ejemplo anterior–. Dado que estas indagaciones pueden realizarse en una fase temprana en la que la investigación no se limita al enriquecimiento ilícito, sino que también examina la actividad delictiva subyacente, es probable que haya menos dificultades para obtener

asistencia.

Los medios formales de cooperación internacional, conocidos como AJM, son aquellos en los que un Estado solicita a otro que aplique sus leyes para obtener pruebas que se emplearán en los procesos legales que inicie el Estado requirente. Esta cooperación suele requerir el uso de medidas coercitivas por parte del Estado requerido, como en el caso del registro de propiedades, el interrogatorio de testigos o la presentación de documentos. Este medio formal de cooperación suele estar basado en tratados multilaterales, tratados bilaterales u otras formas de acuerdos entre Estados. En cuanto a los procedimientos judiciales en materia de enriquecimiento ilícito, la AJM puede ser necesaria para obtener pruebas durante la fase de investigación; por ejemplo, extractos bancarios, o para congelar activos o ejecutar una orden de decomiso.

Doble incriminación

En virtud del principio de la doble incriminación, los Estados solo prestarán AJM en materia penal si el delito que se investiga en el Estado requirente también está tipificado como delito en el Estado al que se solicita la asistencia. La aplicación de este principio por parte de los Estados que no reconocen el delito de enriquecimiento ilícito puede ser a menudo un obstáculo para la cooperación internacional en las investigaciones.

El fomento de la penalización del enriquecimiento ilícito como medida para combatir la corrupción se observa en la CNUCC⁵⁴³ y en otros tratados regionales como la CICC⁵⁴⁴ o la AUCPCC.⁵⁴⁵ Sin embargo, la adopción de leyes que tipifiquen el enriquecimiento ilícito como delito no es obligatoria en virtud de estas convenciones. En el marco de la CNUCC y la AUCPCC, su redacción en términos no obligatorios permite a los Estados decidir por sí mismos si implementan leyes sobre enriquecimiento ilícito, mientras que en el marco de la CICC, los Estados también pueden abstenerse de tipificar un delito de enriquecimiento ilícito si consideran que contraviene los derechos constitucionales vigentes.

Aunque la CICC y la AUCPCC no abordan directamente la cuestión de la doble incriminación, ambas incluyen disposiciones casi idénticas sobre la asistencia que deben prestar en las investigaciones sobre enriquecimiento ilícito Estados Parte que no tipifican delitos de enriquecimiento ilícito.

Según la CICC en el Artículo IX numeral 3:

Todo Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito como delito prestará, en la medida en que su legislación lo permita, la asistencia y la cooperación previstas en la presente Convención con respecto a dicho delito.⁵⁴⁶

Los Estados Unidos de América formularon una reserva a su firma de la CICC⁵⁴⁷ en la que

543 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Artículo 20.

544 Convención Interamericana contra la Corrupción, Artículo IX.

545 [Traducción no oficial] Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, Artículo 8.

546 El Artículo 8 de la AUCPCC añade la frase “al Estado requirente”.

547 El fragmento del texto de la reserva figura en la nota a pie de la página 440.

afirmaban que entendían que no estaban obligados a instituir un delito de enriquecimiento ilícito, ya que ello sería incompatible con la constitución de los Estados Unidos y los principios jurídicos fundamentales debido a que la carga de la prueba recae en el acusado. Sin embargo, Estados Unidos sí deja claro que, en la medida en que se lo permita el derecho interno, prevé asistir y cooperar con otros Estados Parte que investigan este delito.

Las disposiciones de la CNUCC destacan la necesidad de la cooperación y abordan directamente la cuestión de la doble incriminación. El Artículo 43(1) impone a los Estados Parte la obligación de cooperar en materia penal de conformidad con los Artículos 44 a 50 de la Convención, antes de abordar la doble incriminación en el Artículo 43(2):

En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Así pues, los Estados Parte que reciban solicitudes de AJM no pueden negarse a tenor del nombre del delito o de la categoría en la que se considere que se encuadra, sino que deben examinar la conducta real que constituye el delito y considerar si esta equivale a un delito de conformidad con el derecho nacional.

Sin embargo, los delitos de enriquecimiento ilícito, y en particular los que incluyen una inversión de la carga de la prueba en el acusado, no se comparan fácilmente con otro tipo de delitos. No obstante, el Artículo 46, que aborda la asistencia jurídica mutua, exige a los Estados Parte que “se presten la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en [la] presente Convención”.

Por último, el Artículo 46 (9) de la CNUCC establece otras disposiciones sobre la AJM y la doble incriminación:

- (a) Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, según lo dispuesto en el artículo 1;
- (b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos de minimis o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;
- (c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.

Por lo tanto, puede sostenerse que los redactores de la Convención trataron de fomentar la prestación de asistencia por parte de los Estados Parte que no habían tipificado los delitos contemplados en la Convención –incluido el enriquecimiento ilícito– a los Estados Parte que sí lo han hecho. Los Estados requeridos deben considerar los propósitos de la Convención en virtud del Artículo 1 y si es posible prestar asistencia de manera que no sea una medida coercitiva en virtud de su derecho interno.

A pesar de estas disposiciones, la falta de doble incriminación puede seguir impidiendo que las jurisdicciones recurran a medidas coercitivas para prestar asistencia en investigaciones/procedimientos de enriquecimiento ilícito. En ese caso, los Estados requirentes pueden obtener asistencia describiendo el presunto comportamiento delictivo que se cree que ha conducido al enriquecimiento ilícito. Si el Estado requerido entra a valorar este comportamiento, puede estimar que es posible prestar asistencia en la obtención de pruebas con medidas coercitivas. A este respecto, los Estados requirentes deben considerar la posibilidad de dar una amplia explicación de los hechos revelados por la investigación y de las actividades de los sospechosos, ya que esto puede servir como base para que el Estado requerido preste asistencia. Conviene destacar aquí una advertencia, a saber, la regla de especialidad. Las pruebas obtenidas por el Estado requerido solo deben utilizarse para la investigación o el proceso judicial indicado en la solicitud. Por lo tanto, no estaría permitido solicitar pruebas sobre la base de una investigación de corrupción y luego utilizarlas en un proceso por enriquecimiento ilícito no mencionado hasta ese momento. Sería necesario solicitar el permiso del Estado que proporcionó las pruebas.

¿Posibilidades de reforma?

Una de las razones para la adopción por parte de los Estados del delito de enriquecimiento ilícito se debe a las dificultades para investigar la actividad delictiva subyacente, especialmente en los casos de corrupción. Sin embargo, la tipificación del enriquecimiento ilícito no ha sido adoptada de forma generalizada en los Estados en los que pueden encontrarse los activos o a través de los cuales se han lavado. A pesar de ello, muchos de esos Estados fomentan la adopción de procedimientos que combaten la corrupción y pueden disponer de alguna forma alternativa para abordar el enriquecimiento ilícito, por ejemplo, procedimientos de decomiso sin condena –incluyendo órdenes de investigación de riqueza inexplicable, como en el Reino Unido–. Sin embargo, esto no parece ser suficiente para superar el problema de la doble incriminación en algunas jurisdicciones y se plantea la cuestión de si se deben tomar más medidas a nivel internacional para promover una excepción limitada a la norma de doble incriminación a fin de aplicarla a las solicitudes de AJM para obtener pruebas en casos de enriquecimiento ilícito⁵⁴⁸.

548 Siguiendo la definición recogida en la CNUCC, Artículo 20.

Índice

A

Aplicación retroactiva 7, 14, 129, 163, 164, 165, 166

Asistencia jurídica mutua 14, 90, 91, 170, 189

C

Cálculos 60, 122, 123, 126

Carga de la prueba 6, 23, 64, 66, 67, 109, 111, 112, 114, 115, 116, 133, 134, 135, 136, 141, 144, 148, 149, 151, 152, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 179, 180, 189

D

Declaraciones de bienes 93, 122, 151

Declaración satisfactoria 6, 31, 65, 81, 82, 100, 106, 107, 108, 116, 125, 134, 147, 152, 166, 171

Decomiso ampliado 13, 15, 29, 37, 39, 40

Decomiso sin condena 13, 69, 86, 93

Derecho a guardar silencio 6, 65, 66, 69, 133, 156, 157, 158, 159, 160, 162

Derechos 14, 30, 34, 65, 66, 72, 75, 124, 135, 137, 138, 144, 145, 147, 148, 149, 157, 159, 173, 182, 184, 185, 188

Derecho tributario 5, 93

E

Elemento probatorio relativo a ingresos injustificados 5, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 118, 127, 130

Elemento probatorio relativo a la riqueza 5, 6

Estado de origen y aplicación de fondos 15, 204

I

Impugnaciones legales 6, 14, 132, 205

Inversión de la carga de la prueba 67, 116, 139, 140, 141, 142, 144, 146, 147, 152, 153, 157, 159

Inversión de la responsabilidad 5, 63, 64, 89, 99, 103, 105, 109, 113, 136, 137, 144, 146

L

Leyes sobre enriquecimiento ilícito cualificadas 13, 17, 19, 24, 36, 37, 45, 69, 130

M

Medidas precautorias 14, 43, 65, 75, 76, 124, 155, 176

P**Países 11**

- Afganistán** 46, 61, 102, 127
- Angola** 47, 48
- Antigua y Barbuda** 46, 55, 72, 81
- Argelia** 46, 53, 61, 62
- Argentina** 21, 30, 32, 46, 53, 57, 61, 66, 67, 78, 114, 115, 128, 149, 150, 160, 161
- Armenia** 46, 61
- Australia: Australia Meridional** 24, 76
- Australia: Australia Occidental** 23, 32, 64, 71, 78, 84, 102, 113, 114, 153, 167
- Australia: Jurisdicción Federal** 24, 76, 154, 163, 167
- Australia: Nueva Gales del Sur** 24, 64, 157
- Australia: Queensland** 24, 76
- Australia: Tasmania** 24, 60
- Australia: Territorio de la Capital Australiana** 24
- Australia: Territorio del Norte** 24, 60, 84
- Australia: Victoria** 24
- Bahamas** 47, 68, 69, 71, 76, 78, 84, 162
- Bangladés** 47, 54
- Barbados** 86, 94
- Benín** 46, 56
- Bolivia** 46, 51, 78, 164
- Botsuana** 46, 55, 59, 82
- Brasil** 47, 48
- Brunéi Darussalam** 22, 46, 55, 67, 68, 81
- Burkina Faso** 46, 56, 62, 129
- Bután** 46, 55, 59, 82
- Camboya** 24, 46
- Chile** 46, 61, 66, 71, 78
- China** 30, 46, 47, 55, 57, 60, 80, 102, 105, 106, 123, 134, 139, 143
- China: Hong Kong** 30, 46, 55, 60, 80, 102, 105, 106, 123, 134, 139, 143
- China: Macao** 46
- China: Taiwán** 47
- Colombia** 46, 78
- Congo (RDC)** 46
- Congo (República del)** 46

Costa de Marfil 46
Cuba 22, 46, 57, 73
Ecuador 24, 46, 57, 78
Egipto 21, 46, 72
El Salvador 46, 53, 72
Estados Unidos 10, 93, 142, 143, 148, 151, 163, 188, 189
Esuatini 46, 55, 59, 82
Etiopía 46, 55, 82
Filipinas 21, 23, 47, 57, 76, 77
Fiyi 46, 47, 48, 49, 54, 55, 56, 60, 82, 102, 120, 124
Francia 5, 43, 92, 95, 121, 137, 138, 144, 148, 152, 158
Gabón 92
Guatemala 46, 50, 57, 129
Guinea 46, 56
Guyana 46, 78
Haití 46, 62, 63
Honduras 46, 61, 73, 127
India 21, 46, 65, 105, 108, 117, 121, 125, 128, 130, 140, 146, 147, 159
Irlanda 5, 7, 14, 43, 89, 90, 93, 95, 169, 181, 184, 185
Islas Marshall 46, 55, 60, 82
Jamaica 46, 54
Jordania 46
Kenia 7, 10, 14, 23, 24, 36, 47, 55, 58, 78, 109, 117, 134, 152, 153, 166, 169, 171, 172, 173
Kuwait 46, 57
Lesoto 47, 55, 60, 82
Líbano 46
Libia 46
Lituania 46, 51, 52, 110, 111, 125, 130, 131, 136, 137, 148, 149, 160, 164
Macedonia del Norte 92
Madagascar 46, 52, 62
Malasia 47, 72
Malawi 46, 55, 58, 82, 108, 141, 157
Malí 46, 50, 53, 56, 62, 63, 73, 78
Mauritania 46, 52, 53, 62
México 46, 60, 71
Moldavia 24, 46, 62, 72, 164
Mongolia 46, 72
Mozambique 46, 48

- Nepal** 46, 56
- Nicaragua** 46, 61, 65, 102
- Níger** 22, 46, 56, 63, 68, 73, 79, 80
- Pakistán** 21, 46, 52, 56, 108, 141
- Palestina** 46
- Panamá** 46, 57
- Paraguay** 46, 57, 58, 60
- Perú** 7, 14, 46, 47, 57, 73, 78, 115, 169, 177, 178, 180
- Reino Unido** 10, 29, 40, 86, 137, 147, 157, 158, 159, 162, 190
- República de Mauricio** 7, 10, 14, 27, 28, 47, 58, 64, 69, 76, 85, 169, 174, 175, 176
- República Dominicana** 46
- República Kirguisa** 46
- Ruanda** 46, 52
- Rusia** 12
- Santa Lucía** 46
- Santo Tomé y Príncipe** 46, 50, 51, 56, 80
- Senegal** 21, 22, 46, 52, 56
- Seychelles** 46, 82
- Sierra Leona** 46, 56, 60, 72, 74, 82, 108
- Singapur** 47, 70
- Sudán** 46
- Suiza** 5, 43, 90, 91, 95
- Tailandia** 47
- Tanzania** 13, 46, 47, 50, 55, 56, 58, 60, 63, 65, 72, 74, 78, 82
- Tanzania: Zanzíbar** 47, 60
- Togo** 46, 54
- Trinidad y Tobago** 47, 61, 64, 84, 127
- Túnez** 46, 53
- Turquía** 22, 46
- Uganda** 46, 52, 56, 60, 71, 82, 111, 112, 119, 124, 126, 144, 164, 165
- Unión Europea** 12, 40, 93, 135, 186
- Venezuela** 46, 78
- Yibuti** 24, 46, 62, 72
- Zambia** 47
- Zimbabue** 86, 94
- Período de interés** 6, 120, 121, 125, 126
- Presunción de inocencia** 6, 14, 34, 65, 66, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 157, 159, 160, 177, 185
- Privilegio de no declarar contra sí mismo** 6, 14, 65, 68, 69, 133, 156, 157, 158, 159, 161, 162

R

Recuperación civil 13, 69, 86, 93

Restitución 4, 40

S

Sanciones 15, 16, 22, 28, 32, 39, 48, 49, 70, 71, 72, 74, 92, 127, 175

Sanciones penales 20, 34, 70, 72

T

Tratados internacionales 13, 16, 48, 80, 93

U

Umbral probatorio 14

Lista de casos

A - C

- Agencia Nacional contra el Crimen c. la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin) (Reino Unido) 161, 162
- CAB c. Kelly & Anor [2012] IESC 64 (Irlanda) 182
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, ‘L., C. Y otros’, Fallos 45793 (2017) (Argentina) 117
- Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, ‘Alsogaray’, causa n.º 4787 (2005) (Argentina) 114, 115, 128, 137, 150, 160, 161
- CA Paris, 14 de marzo de 2018, n.º 17/03650 (Francia) 121
- Caso N.º 1-135/2018(5846/17), Decisión de la Corte Constitucional de Ucrania (Ucrania) 151
- Caso n.º 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016: la Corte Constitucional de la República de Lituania en nombre de dicha República resuelve sobre la conformidad del Numeral 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de dicha República, de 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017 (Lituania) 111, 125, 131, 136, 137, 149, 160, 164
- Caso n.º 60a/2014: Corte Constitucional de la República de Moldavia, sentencia de 16 de abril de 2015 (Moldavia) 164
- Caso penal N.º 2K-P-93/2014 de 11 de abril de 2014 (Lituania) 164
- Chung Cheong c. la Reina CACC001364/1977 (Hong Kong) 124
- Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia c. Stanley Mombo Amuti (Apelación Civil N.º 184 de 2018 (Kenia) 117, 171
- Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción c. Patrick Ochieno Abachi y otras 6 personas (ACEC n.º 15 de 2019), dictada el 10 de marzo de 2021 (Kenia) 169
- Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (*Ethics and Anti-Corruption Commission*) –el sucesor legal de la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia– c. Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR (Kenia) 109, 152, 173
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Alsogaray”, Fallos 331:2799 (2008) (Argentina) 115, 150, 161
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria Casación, Manuel Enrique Cárdenas Valseca, n.º 953-2017 (2018) (Perú) 116

D

- DB c. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (Caso C-481/19) de 2 de febrero de 2021 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) 157
 - Director del Ministerio Público c. Morris [N.º 2] [2010] WADC 148 (Australia) 114, 117, 125, 154
-

- Director del Ministerio Público de Australia Occidental c. Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc (2005) WASC 61 (Australia) 154

E

- El Estado c. Solomon Katta, Idrissa Fornah, Elizabeth King, Momoh Turay, Emmanuel Sesay, Catherine Katta, Santigie Kargbo ante el honorable Magistrado Paul (3 de abril de 2014) (Sierra Leona) 108
- Ernest Percival Max Hunt c. la Reina [1974] HKCA 111 (Hong Kong) 56, 107
- Estado de Marashtra c. Dnyaneshwar Laxman Rao Wankhede de 29 de julio de 2009 (India) 140
- Estado de Marashtra c. Pollonji Darabshaw Daruwalla, 1988 AIR 88 (India) 121
- Estado de Marashtra c. Wasudeo Ramchandra Kaidalwar 1981 AIR 1186 (India) 108

F

- Falk c. los Países Bajos (Solicitud n.º 66273/01) TEDH, de 19 de octubre de 2004 (TEDH) 137, 138
- Fiscal General c. Ho Pui-yiu [1981] HKLR 110 (Hong Kong) 140
- Fiscal General c. Hui Kin-hong [1995] HKCLR 227 (Hong Kong) 107, 128, 137, 138, 140, 143, 146, 147
- F. McK c. GWD [2004] 2 I.R. 470 (Irlanda) 89, 183
- Funke c. Francia (Solicitud n.º 10828/84) de 25 de febrero de 1993 (TEDH) 158

G

- George c. Rockett (1990) 170 CLR 104 (Australia) 37
- Ghani-Ur-Rehman c. National Accountability Bureau y otros, PLD 2011 Corte Suprema 1144 (Pakistán) 108
- Gilligan c. Oficina de Activos Criminales (*Criminal Assets Bureau*) [1997] IEHC 106 (Irlanda) 89, 184, 185

H - J

- Holland c. Estados Unidos, 348 U.S. 121 (1954) (Estados Unidos) 93
- Ho Shing Tuen c. R [1980] HKC 289 (Hong Kong) 123
- Jalloh c. Alemania (Solicitud n.º 54810/00) de 11 de julio de 2006 (TEDH) 158
- John Murray c. Reino Unido (Solicitud n.º 18731/91) 8 de febrero de 1996 (TEDH) 157
- JSC BTA Bank c. Ablyasov [2009] EWCA Civ 1125 (Reino Unido) 162

K

- Kalimuthu c. el Comisario de la Policía Federal australiana [2019] HCA 39 (Australia) 37
- Kedari Lal c. el estado de M.P. y Ors MANU/SC/0343/2015 (India) 117, 128
- Khalid Aziz c. El Estado 2011 SCMR 136 (Pakistán) 108
- K. Poonuswamy c. estado de Tamilnadu AIR 2001 SC 2464 (India) 123
- Krishna Janardhan Bhat c. Dattatraya G. Hegde de 11 de enero de 2008 (India) 140
- Krishnanand c. el estado de Madhya Pradesh MANU/SC/0134/1976 (India) 121, 125, 128
- Krumpholz c. Austria (Solicitud n.º 13201/05) CEDH de 18 de marzo de 2010 (TEDH) 137
- K. Veeraswami c. la Unión de la India y otros 1991 SCR (3) 189 (India) 147

L

- Lai Man-Yau c. Fiscal General (N.º 2) [1978] HKCU 79 (Hong Kong) 129, 165, 166
- La Reina c. Chung Cheong DCCC000137/1977 (Hong Kong) 123
- La Reina c. Mok Wei-Tak y otro [1985] HKLR 1054 (Hong Kong) 119
- Leary c. Estados Unidos 395 US 6 (1969) (Estados Unidos) 143
- Lordianto c. el Comisario de la Policía Federal australiana (Australia) 37

M

- Malombe c. Rep [1993] 16 (2) MLR 561 (Malawi) 141
- M c. D, IR 175 (Irlanda) 184
- M. Narayanan Nambiar c. el estado de Kerala (India) 146
- Mobile, Jackson y Kansas City R. Co. c. Turnipseed, 219 U.S. 35 (1910) (Estados Unidos) 142
- Muhammad Yaqub c. El Estado 1988 SCMR 282 (Pakistán) 123
- Murphy c. GM PB PC Ltd [1999] IEHC 5 (Irlanda) 184
- Murphy c. M(G), [2001] IESC82 (Irlanda) 184

N - P

- Nestor Machumbi Gasasira c. Uganda. Referencia constitucional n.º 17 de 2011 (Uganda) 165
- Noor Aga c. el estado de Punjab & Anr de 9 de julio de 2008 (India) 140
- N. Pasupathy c. el Estado 2018 (1) MLJ (Cri) 745 (India) 105, 108, 146
- Phillips c. el Reino Unido (Solicitud n.º 41087/98) TEDH, de 5 de julio de 2001 (TEDH) 137
- Poder Judicial de la Nación, Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, “César Santos Gerardo del Corazón de Jesús Milani”, CFP 6734/2013 (2017/09) (Argentina) 67, 115, 161

R

- R c. Chan (1992) 28 NSWLR 421 (Australia) 37
- R c. Cowan [1995] 3 WLR (Reino Unido) 159
- R c. Johnstone [2003] 1 WLR 1736 (Reino Unido) 137, 144
- R c. Lambert [2001] UKHL 37 (Reino Unido) 137
- R c. Lambert [2002] 2 AC 545 (Reino Unido) 139
- R c. Noble [1997] 1 SCR 874 (Canadá) 159
- R c. Oakes [1986] 1 SCR 103 (Canadá) 138, 144, 145, 147
- R (CPS) c. el Tribunal de Magistrados de Bolton [2004] 1 WLR 835 (Reino Unido) 162
- R c. Rondo [2001] NSWCCA 540 (Australia) 37
- R c. Whyte (1988) 51 DLR 4th 481 (Canadá) 139
- Rehmat c. el Estado PLD 1977 SC 515 (Pakistán) 141
- República de Kenia c. Wesley Mzumara (Caso Penal N.º 47 de 2010) (Malawi) 108, 137, 142, 144
- Right to Life Association (NSW) Inc. c. el secretario del Departamento de Salud y Servicios Humanos (1995), 128 ALR 238 (Australia) 75
- Roy Sturgeon c. la Reina [1975] HKLR 677 (Hong Kong) 131

S

- Salabiaku c. Francia (Solicitud n.º 10519/83) CEDH, de 7 de octubre de 1988 (TEDH) 137, 144
- Saunders c. Reino Unido (Solicitud n.º 19187/91) de 17 de diciembre de 1996 (TEDH) 158
- S c. Manamela [2000] 5 LRC 65 (Sudáfrica) 138
- Sentencia N.º 07/08/CC/MC de 20 de noviembre de 2008 (Corte Constitucional) (Níger) 68
- Sheldrake c. el Director del Ministerio Público [2004] UKH 43 (Reino Unido) 145
- Sra. Zamira Hajiyeva c. Agencia Nacional contra el Crimen [2020] EWCA Civ 108 (Reino Unido) 161, 162
- Stanley Mombo Amuti c. la Comisión Anticorrupción (*Anti-Corruption Commission*) de Kenia (Apelación civil n.º 184 de 2018) (Kenia) 153, 166
- Syed Qasim Shah c. el Estado 2009 SCMR 790 (Pakistán) 141

T

- Tot c. Estados Unidos, 319 U.S. 463 (1943) (Estados Unidos) 142, 148
- Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia Constitucional Plurinacional Núm. 0770/2012 (2012) (Bolivia) 164
- Tribunal en lo Criminal n.º 4 de La Plata, Omar Daniel Carreiras, causa n.º 4618 (2017) (Argentina) 117
- Trompet c. la Policía [1985] NZLR 357 (Nueva Zelanda) 159

- **Tucs c. Manly (1985) 62 ALR 460 (Australia)** 37
-

U - V - W

- **Uganda c. B.D Wandera HCT-00-AC-SC-0012/2014 (Uganda)** 112, 119, 124, 126, 144
- **Uganda c. Geoffrey Kazinda, Caso HCT-AC/CO, Sesión N.º 004/2016 (fallo emitido el 28 de octubre de 2020 (Uganda)** 56
- **Vasant Rao Guhe c. el estado de Madhya Pradesh (AIR 2017 SC 3713) (India)** 108, 122, 141, 159
- **Williamson c. Ah On (1926) 39 LR 95 (Australia)** 153

Visite illicitenrichment.baselgovernance.org para consultar y descargar gratis los anexos de este libro.

Anexo I

“Recopilación de leyes sobre enriquecimiento ilícito y otros instrumentos legislativos relevantes” contiene fragmentos textuales de todas las leyes sobre enriquecimiento ilícito que se identificaron durante el proceso investigativo de este libro. También incluye fragmentos textuales de otros instrumentos legislativos relativos a la recuperación de activos que se mencionan en este libro a efectos comparativos.

Anexo II

“Cómo probar casos de enriquecimiento ilícito mediante investigaciones financieras y estado de origen y aplicación de fondos” es una guía técnica para los profesionales. Describe un método que se puede utilizar para demostrar con certeza que una persona ha disfrutado de activos que posiblemente no se derivan de fuentes legítimas, conocido como el método de estado de origen y aplicación de fondos. Incluye una guía en la que se explica paso a paso la investigación financiera que se debería realizar para oficiar este proceso de análisis.

Enriquecimiento ilícito de **Andrew Dornbierer** ofrece una guía completa de las leyes sobre enriquecimiento ilícito y su aplicación para abordar casos de riqueza inexplicable y recuperar ganancias derivadas de actos de corrupción y otras actividades delictivas. El libro aborda leyes tanto penales como civiles de todo el mundo.

Tanto investigadores, como fiscales, legisladores y académicos se beneficiarán de las descripciones precisas y las orientaciones prácticas acerca de los distintos planteamientos que buscan abordar el incremento inexplicable de activos, cómo establecer los casos ante los tribunales y los desafíos legales habituales en las leyes sobre enriquecimiento ilícito.

El desarrollo y la publicación de este libro sobre **enriquecimiento ilícito** estuvo a cargo del Basel Institute on Governance a través del International Centre for Asset Recovery, con el apoyo investigativo de la NYU School of Law.

ISBN 978-3-9525409-5-4



9 783952 540916

 INTERNATIONAL CENTRE FOR
ASSET RECOVERY