



Colección Anuario Derecho Penal

CORRUPCIÓN, CRIMEN ORGANIZADO, LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DE TERRORISMO Y COMPLIANCE

HOMENAJE AL PROFESOR FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

JOSÉ HURTADO POZO
EDITOR

THIERRY GODEL
COLABORADOR

AUTORES

Copia del original a solicitud del autor

URSULA CASSANI	LETIZIA PAOLI
BERTRAND PERRIN	THOMAS SCHRÖDER
PHILIPPE LIGER-BELAIR	RENATO VARGAS LOZANO
ELISA SCAROINA	ALESSANDRO LUPPI
JÜRGEN WESSING	JOSÉ HURTADO POZO
MERCEDES HERRERA GUERRERO	FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
PEDRO PABLO CAIRAMPOMA BARRÓS	DIANA CAROLINA AGUDELO MANCERA



Delito de lavado de activos y proceso de extinción de dominio como formas de lucha contra la delincuencia económica organizada

MERCEDES HERRERA GUERRERO
FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA

SUMARIO: I. A modo de introducción: herramientas político criminales de lucha contra la delincuencia económica organizada.- II. Criminalización y caracteres del delito de lavado de activos.- A. Contexto criminológico.- 1. Globalización económica.- 2. Empleo de nuevas tecnologías y redes informáticas.- 3. Recurso a los centros financieros *offshore* y paraísos fiscales. B. Vinculación con el crimen organizado.- 1. Transnacionalidad.- 2. Profesionalización.- 3. Dañosidad socioeconómica.- III. El proceso de extinción de dominio como mecanismo de lucha político criminal contra el patrimonio delictivo.- A. Cuestiones generales.- B. Finalidad y garantías procesales aplicables.- C. Etapas del proceso de extinción de dominio.- 1. Etapa de indagación patrimonial.- 2. Etapa judicial.- D. Carga dinámica de la prueba.- E. Un problema fundamental en relación al derecho de defensa durante la etapa de indagación patrimonial.- IV. Conclusiones.- V. Bibliografía.

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

www.intitutupacifico.pe

RESUMEN

ESPAÑOL

El presente artículo analiza la política criminal internacional de lucha contra la base económica de la delincuencia organizada, caracterizada por haber producido, entre otras instituciones, la criminalización del delito de lavado de activos y la normativización de un proceso dirigido contra el patrimonio criminal, denominado proceso de extinción de dominio.

FRANCÉS

Cet article analyse la politique pénale internationale pour combattre la base économique du crime organisé, caractérisée par le fait d'avoir produit, entre autres institutions, la criminalisation du crime de blanchiment d'argent et la régulation normative d'un processus dirigé contre les actifs criminels, appelé processus d'extinction de la propriété.

INGLÉS

This paper analyzes the international criminal policy of combating the economic base of organized crime, characterized by having produced, among other institutions, the criminalization of the money laundering and the regulation of a process directed against the criminal patrimony, called process of ownership extinction.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: HERRAMIENTAS POLÍTICO CRIMINALES DE LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA ORGANIZADA

La política criminal de los Estados viene otorgándole peso significativo al aspecto financiero de la lucha contra la criminalidad organizada. Con este objeto en el ámbito sustantivo relativo a la parte general, los legisladores han incorporado normas relativas al decomiso de los bienes provenientes del acto delictivo. Así también, la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, sea a través de un catálogo estrictamente limitado o fijado por delitos graves. Con relación a la parte especial, la lucha contra el aspecto financiero de la criminalidad organizada se ha establecido mediante la incriminación de los delitos de enriquecimiento ilícito (DEL CARPIO DELGADO, 2015, p. 56), la represión como delito de defraudación fiscal los actos de impago tributario mediante actos fraudulentos de las rentas producidas por delitos (a partir de presunciones tributarias de incremento patrimonial injustificado) y, principalmente, la incriminación del delito de lavado de activos. Finalmente, con respecto a la *persecución del patrimonio criminal*, el principal mecanismo del cual se dispone es el procedimiento de extinción de dominio.

La represión de los movimientos económicos efectuados sobre las ganancias de origen delictivo, según ALBRECHT (2001, p. 36-37), constituye un medio eficiente en la lucha jurídico penal contra el crimen organizado. Tal es así que, incluso, el entonces director ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Antonio Maria Costa, sostuvo —en el prefacio del citado Informe UNOCD del 2010— que “al estar los delincuentes motivados por el beneficio económico, la clave es ir tras su dinero” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, prefacio Maria Acosta, 2010, p. III). Entre los mecanismos legales con los que cuentan los Estados para hacer frente a la delincuencia económica organizada, se tiene a la persecución penal de las personas naturales o jurídicas que realizan operaciones económicas sobre activos de origen delictivo, así como también a la persecución directa de los bienes de procedencia criminal.

Sobre esta cuestión, debemos señalar que la fenomenología del lavado de activos no es de reciente data (ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS, 2006, p. 15; MALLADA FERNÁNDEZ, 2012, p. 31-32), antes bien, su existencia se ha desarrollado con la búsqueda, por parte de la delincuencia colectiva, del disfrute sin obstáculos de aquellos provechos obtenidos por la comisión criminal. Antes de su criminalización, los hechos que materialmente darían lugar a su represión actual, encontraron reproche punitivo, entre otros crímenes, por ejemplo, en conductas delictivas contra la hacienda pública —recuérdese, por citar un caso, que Al Capone fue condenado por delito fiscal— (JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, 2016, p. 62; BLANCO CORDERO, 1998, p. 45). Con su tipificación por los Estados, a partir de la preocupación internacional por sancionarlo y de los requerimientos de armonización legislativa procedentes de las Naciones Unidas, el lavado de activos fue inicialmente asociado al narcotráfico (Convención de Viena de 1988) y, posteriormente, a la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo de 2000), así como diversas modalidades delictivas contra la administración pública y corrupción privada (Convención de Mérida del 2003).

La legislación comparada permite apreciar que este delito ha sido tipificado de forma suficientemente amplia para abarcar a los activos no solo procedentes de los citados delitos previos —sugeridos por las convenciones—, sino incluso de otros también idóneos para producir importantes rendimientos económicos. Por lo tanto, la represión del lavado está dirigida no solo contra los actos de legitimación aparente efectuados sobre activos obtenidos por la criminalidad asociativa u organizada, sino incluso por la criminalidad común. No obstante, desde un enfoque criminológico, debe reconocerse que el lavado de activos está íntimamente ligado al fenómeno de la criminalidad organizada¹.

1 MANES, 2004, p. 158; HURTADO POZO, 2011, p. 61; BLANCO CORDERO, 2015, p. 66; ABEL SOUTO, 2005, p. 44; FABIÁN CAPARRÓS, 1998, p. 73; ARIAS HOLGUÍN, 2011, p. 37; PALMA HERRERA, José 2000, p. 237; PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 92; DE LA CUESTA

Corresponde, por consiguiente, disgregar las características criminológicas del lavado de activos —tales como su vinculación con el crimen organizado, su carácter transnacional, dinámica profesionalización y sus efectos de dañosidad económica— identificando su correspondiente contexto criminógeno, los factores que han favorecido su expansión, así como aquellos instrumentos adoptados —desde la perspectiva intergubernamental— para hacerle frente a través de medidas legislativas de prevención y represión cada vez más expansivas, aunque de necesaria discusión a partir de un enfoque del principio constitucional de proporcionalidad (MENDOZA LLAMACPONCCA, 2017). En el mismo sentido, el presente aporte pretende situarnos no solo a la persecución de las personas que efectúen operaciones económicas sobre los bienes de origen delictivo (delito de lavado de activos), sino a su vez analizar la normativa peruana relativa a la persecución del mismo patrimonio criminal (extinción de dominio).

II. CRIMINALIZACIÓN Y CARACTERES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de activos constituye un fenómeno jurídico-económico de dinámica evolutiva y transnacional cuya incriminación por los Estados presenta reciente data². Su capacidad de mimetización, reinención y expansión a través de los cauces que la posmodernidad le ha solventado, podría bien sintetizarse en los siguientes factores: la globalización económica, el empleo de nuevas tecnologías informáticas y el recurso a los paraísos fiscales, refugios financieros y sociedades *offshore*.

ARZAMENDI, 2001, p. 117; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2005, p. 151; GÁLVEZ BRAVO, 2014, p. 41.

2 DURRIEU FIGUEROA, 2013, p. 45. Al respecto, sostiene Francisco Jiménez: “A pesar de la antigüedad y del carácter endémico de estos fenómenos, la respuesta jurídico-internacional ha sido bastante tardía, pues solo a finales del siglo XX o, en su caso, ya adentrado el siglo XXI, es cuando el derecho internacional ha empezado a presentar propuestas normativas e institucionales para su combate”, cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, 2015, p. 9.

A. Contexto criminógeno

1. Globalización económica

En primer lugar, la *globalización económica* (FERNÁNDEZ STEINKO, 2013, p. 51; HERNÁNDEZ QUINTERO, 2008, p. 480), singularizada por procesos de integración favorecedores a los movimientos internacionales de capital y a la liberalización de los mercados financieros (ANDREAS, 2005, p. 63-64), ha constituido un espacio criminógeno en la progresiva evolución de este fenómeno delictivo (STESSENS, 2005, p. 91). La noción de globalización, en un modelo económico del libre mercado —hegemónico en el orbe (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001, p. 265)—, se asocia, en apreciación de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2004, p. 186). Así también, POSADA MAYA, (2009, pp. 12-20), con el nacimiento de estructuras nuevas de decisión con incidencia en el ámbito empresarial, a nivel regional, internacional e intercontinental en materia de competitividad. Así también, está ligada tanto con la “desnacionalización” de los derechos y la “desterritorialización” de las formas institucionales, como con la estandarización mundial de prácticas comerciales, la desregulación de los mercados de capitales y la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global.

Siguiendo la línea argumentativa de VOGEL (2006, p. 114-115), la globalización comprende la creación de mercados globales en los cuales los diferentes agentes económicos (particularmente, las empresas transnacionales) efectúan sus operaciones comerciales o financieras con libertad a escala mundial. Con ello, merced a los avances tecnológicos en materia de información, comunicación y transporte, sus rendimientos económicos y servicios pueden moverse libremente. Por tanto, se hace patente que la realidad de la criminalidad, en un contexto como el descrito, se ha visto innovada por la globalización económica. En la medida que esta se encuentra íntimamente ligada al incremento y expansión de la actividad económica, la criminalidad organizada y empresarial también, por efecto reflejo, presentan una dinámica expansiva y de explotación de los recursos y tecnología procurados por este fenómeno económico (*ibidem*, p. 115).

2. Empleo de nuevas tecnologías y redes informáticas

En segundo lugar, los *avances de la tecnología* y de las *redes informáticas*, empleadas en el sistema financiero y en actividades económicas no bancarizadas (BERMEJO, 2015, p. 117). En efecto, otro factor de favorecimiento y desarrollo del lavado de activos tiene su origen en la diversificación y progreso de la tecnología que —a su vez— ha marcado una evolución en las técnicas del reciclaje de capitales (STESSENS, 2005, p. 92). Si bien puede decirse que en sus inicios la cuestión del blanqueo de dinero era un problema de carácter bancario, sin embargo, el uso masificado de la informática y el internet —cuyo impacto criminógeno es significativo (REYNA ALFARO, 2016, p. 203) ha generado una mutación del fenómeno criminal hacia el uso de nuevas tecnologías (MILITELLO, 2001, p. 180; GUTIÉRREZ FRANCÉS, 2002, p. 193; SANZ MULAS, 2003, p. 21). Al respecto, reconoció el entonces secretario general de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN —en el prefacio a la Convención de Palermo del 2000 y sus protocolos—, que los grupos delictivos (como lo son aquellos dedicados al lavado de activos) “no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña” (ANNAN, 2004, p. iv).

Las organizaciones criminales en un contexto como el descrito emplean el ciberespacio como escenario sobre el cual pueden programar y ejecutar sus actividades delictivas. Las nuevas tecnologías, de fácil acceso y singular anonimato, son empleadas especialmente en la transferencia electrónica de fondos, constituyendo este el método más eficaz para el ensombrecimiento del dinero procedente del delito (HERNÁNDEZ QUINTERO, 2007, p. 60). En efecto, mientras se produzca un mayor número de transferencias decrecerán las posibilidades de reconstruir el rastro del dinero, seguidamente, se incrementarán las probalidades de lograr el distanciamiento de los activos con respecto a su fuente criminal (FABIÁN CAPARRÓS, 1998, p. 135), más aún si estas —de acuerdo con MILITELLO (MILITELLO, 2001, p. 183)— logran involucrarse en plazas financieras *offshore*. El aprovechamiento de este contexto de economía

de red o telemática para fines del blanqueo de dinero, ha generado a su vez el desarrollo del denominado *cyberlaundering* (MULINARI, 2003, p. 29), así como la problemática relativa al empleo de *bitcoins* (LAMAS SUÁREZ, 2019, p. 107) —entre otras criptodivisas— como potencial herramienta del lavado de activos.

En la actualidad, los espacios empleados para el lavado de activos no son únicamente los ámbitos bancarios o financieros, sino incluso las actividades económicas o profesiones particularmente susceptibles de ser aprovechadas por las modernas técnicas de blanqueo —lo cual, desde el ámbito preventivo, explica la continua ampliación del círculo de sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de lavado de activos—. Refiere, en tal sentido, el Informe del 2010 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (denominado *La globalización del delito: evaluación de la amenaza que plantea la delincuencia organizada transnacional*³), que en menos de dos décadas el internet se ha convertido en un elemento esencial de la vida moderna.

No obstante, como sucede con otros aspectos de la globalización, su rápida expansión ha superado ampliamente la capacidad reguladora de los Estados, originando de este modo espacios para la comisión de delitos. El aludido informe —en apreciación de JIMÉNEZ GARCÍA (JIMÉNEZ GARCÍA, 2015, p. 9)—, si bien centra su atención, entre otros aspectos, en los ciberdelitos relativos al robo de identidad y la pornografía infantil, no obstante, sus consideraciones y conclusiones podrían ser extendidos a la discusión sobre el lavado de activos. En efecto, una de las principales ventajas ofrecidas por el ciberespacio, es el alto grado de anonimato de los intervinientes y los diferentes modos de interrelación entre personas de diferentes partes del mundo; lo que conduce a que, en consecuencia, se amplíe el espectro de potenciales perpetradores de delitos.

3 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *The globalization of crime: a transnational organized crime threat assessment*, Vienna: OCDE y UNODC, 2010, p. iii.

La apreciación de las nuevas tecnologías como fuente de riesgos para el blanqueo de dinero ha sido reconocida por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Así, ya desde su Informe Anual 1995-1996, el GAFI expresó que la aparición y desarrollo de nuevas tecnologías produce indudablemente riesgos potenciales de lavado de dinero. Y que con aquellas se hacen viables transacciones a gran escala de forma instantánea, remota y anónima, incluso sin la participación de instituciones financieras tradicionales (FINANCIAL ACTION TASK FORCE, 1996, p. 8). Esta verificación fue ratificada en la actual revisión (de febrero del 2012) de los *Estándares internacionales para la lucha contra el lavado de activos*. Precizando el GAFI —en la Recomendación N.º 15— que “los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos... que pudieran surgir con respecto... al uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes”(GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, 2012, p. 17).

3. Recurso a los centros financieros *offshore* y paraísos fiscales

En tercer lugar, integra el contexto de desarrollo del reciclaje de activos la existencia de los denominados *refugios financieros y paraísos fiscales*. Los centros financieros *offshore*, se distinguen —de acuerdo con el Foro de Estabilidad Financiera del G-20 (FINANCIAL STABILITY FORUM, 2010, p. 9) (Informe del 2000 del Grupo de Trabajo en Centros *Offshore*)— por la concurrencia de los siguientes elementos: provisión de servicios financieros para no residentes; nula o baja imposición fiscal sobre los ingresos de negocios o inversiones; regímenes de supervisión ligeros; uso flexible de fideicomisos y otros mecanismos corporativos para la gestión de fondos no residentes; ambiente regulatorio favorable a garantizar altos niveles de confidencialidad para sus clientes, con sustento en normativas de protección rígida de la reserva bancaria y tributaria; opacidad y ausencia de cooperación internacional; volumen de negocios nacionales sustancialmente inferiores a los procedentes de negocios no residentes por provenir del extranjero.

Es, por tanto, característica intrínseca de los centros financieros *offshore* la prestación de servicios financieros no domiciliados (ZOROMÉ, 2007, p. 6-7), que se producen en escalas ostensiblemente excedentes a las necesidades y tamaño de sus economías nacionales. Independientemente de las motivaciones que conducen a requerir los servicios financieros no residentes —tasas impositivas mínimas o inexistentes, regulaciones laxas para facilitar actividades financieras internacionales o la protección rígida de la reserva bancaria o tributaria—, de acuerdo con ZOROMÉ (2007, p. 6-7), la creación de un centro financiero *offshore* suele ser el resultado de un esfuerzo consciente por especializar la economía en la exportación de servicios financieros, con el objeto de producir ingresos que se presentan superiores a los obtenidos por la renta nacional. Los servicios financieros y rendimientos facturados a no residentes abarcan: constitución de entramados societarios, principalmente de naturaleza anónima; comisiones bancarias por servicios de consultoría e ingeniería financiera; servicios de intermediarios como los relacionados con líneas de crédito, *leasing* financiero y divisas; comisiones sobre administración de fondos y sobre transacciones de valores; corretaje y *outsourcing*; colocación de emisiones, suscripciones y otros instrumentos de cobertura; servicios relacionados con la administración o custodia de activos extranjeros; fideicomisos, entre otros.

Los paraísos fiscales, por su parte, son países que aplican regímenes fiscales de escasa o nula tributación, caracterizados tanto por su reglamentación permisiva y supervisión bancaria vulnerable, como por la rigidez de su reserva tributaria y secreto bancario. En estas plazas financieras, de acuerdo con ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS (2006, p. 27), se proporcionan servicios no residentes que son empleados por personas naturales o jurídicas de otros países, dirigidos hacia la constitución de sociedades instrumentales (entramados societarios *offshore*) útiles para residenciar y dar opacidad a sus beneficios económicos. La problemática planteada por esos países no radica únicamente en la opacidad fiscal ni en la constitución de entramados societarios —actividad que por sí misma carece de relevancia penal—, sino más bien en la permisividad del

anonimato de las operaciones financieras no domiciliadas, en un marco de controles bancarios laxos, lo cual, a su vez, constituye un eslabón fundamental para el éxito de las operaciones de lavado de activos⁴.

B. Vinculación con el crimen organizado

Factores como la globalización económica, los procesos de integración de mercados internacionales y el desarrollo tecnológico diseñado para el movimiento de capitales⁵, han permitido a la criminalidad organizada establecer sinergias con otras formas de criminalidad, empleando los cauces legales para enmascarar sus delictuosas actividades. El sistema financiero y diversos sectores mercantiles constituyen el principal, aunque no único, cauce formal a través del cual el crimen organizado ha logrado desplegar sus diversas actividades delictivas. No se puede, por ello, entender cabalmente al crimen organizado sin vincularlo a la criminalidad económica, dado que —conforme precisa ZÚÑIGA RODRÍGUEZ— “la criminalidad organizada necesita blanquear sus descomunales ganancias, para ello la criminalidad de empresa es la forma más sencilla de hacerlo” (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 156). Lo

4 Debemos destacar que diversos territorios ultramarinos de algunas potencias mundiales, que son parte del OCDE o del G-20, ejercen dominio sobre diferentes centros financieros *offshore*. Por ejemplo, el Reino Unido tiene como territorios ultramarinos a *Anguilla, Islas Vírgenes Británicas, Gibraltar y Montserrat*, mientras que se encuentran en situación de dependencia política de la corona inglesa las islas de *Man, Guernsey y Jersey*. Por su parte, pertenecen al Reino de los Países Bajos, las islas de *Aruba* y las *Antillas Neerlandesas*. Adicionalmente, *Macao* constituye una región administrativa especial de la República Popular China. Finalmente, de acuerdo con la información proporcionada por el Fondo Monetario Internacional, puede reconocerse que también constituyen centros financieros *offshore* los territorios de *Andorra, Las Bahamas, Belice, Chipre, Islas Bermudas, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Turcas, Liechtenstein, Malasia, Mónaco, Palau, Panamá, Samoa, Seychelles y Vanuatu*. Sobre esta cuestión, cfr. MENDOZA LLAMACPONCCA, 2017, p. 92. Asimismo, revítese el Reporte sobre Evaluaciones de los Centros Financieros *Offshore* de 2014. Recuperado de <<https://bit.ly/34zICc9>>.

5 Al respecto, sostiene Julián LÓPEZ-MUÑOZ: “La delincuencia organizada coexiste en una relación directa con los mercados legítimos, será la necesidad de expansión de estos últimos, lo que motive, en parte, la actuación del crimen organizado auspiciado por una economía globalizada”. Cfr. LÓPEZ-MUÑOZ, 2015, p. 27.

mismo puede sostenerse de la vinculación del crimen organizado con el aparato estatal dado el alto nivel de infiltración del primero en este (CARDOSO PEREIRA, 2017, p. 113 y ss.).

La criminalidad organizada suele adaptarse a las formas de un entramado societario paralelo al legal, presentando —de acuerdo con PANSA (PANSA, 1995, p. 3)— una serie de características: en primer lugar, el vínculo entre sus distintos miembros es cada vez más similar a aquel que une a los miembros de una sociedad empresarial ordinaria. En segundo término, sus rendimientos económicos provienen no solo de sus actividades delictuosas, sino incluso de algunos de sus actos productivos de carácter lícito, aun cuando estos sean ejecutados no como fin en sí mismo, sino como medio para el cumplimiento de su programa criminal. En este contexto es extremadamente difícil trazar una línea divisoria entre la economía controlada por la criminalidad organizada, que pueda calificarse de legal, y diferenciarla nítidamente de aquella otra surgida a partir de la comisión de sus diversos delitos-medio o delitos-fin (ORSI, 2007, p. 48-49). Finalmente, en tercer lugar, cuando se ponen en cuestión las actividades de la organización criminal, esta hace uso de diversos mecanismos de presión —desde la corrupción, extorsiones, atentados, hasta el empleo de ilegales (por serviles) medios de comunicación y de prensa—, para coaccionar la voluntad de los órganos públicos o privados que se muestren renuentes a secundar o den señales de entorpecer sus propósitos delictivos.

En términos estrictos —salvo que se trate de lo que Cancio Meliá⁶ denomina como “criminalidad organizada política”— las organizaciones criminales no son grupos de estructura permanente constituidos para cometer delitos sin afanes económicos. Por el contrario, buscan la obtención del mayor rendimiento patrimonial (YACOBUCCI, 2005, p.

6 La delincuencia organizada puede también presentar una estructura diseñada para la búsqueda de fines políticos, ideológicos o, inclusive, religiosos, sin que necesariamente involucren aspectos económicos. Es lo que CANCIO denomina como “criminalidad organizada política”, cfr. CANCIO MELIÁ, 2011, p. 645.

118) posible, aprovechando las altas ganancias producidas por los tráficcos ilícitos, en relación con su mínimo coste de inversión. El blanqueo de dinero constituye, pues, un aspecto medular para las actuaciones del crimen organizado, toda vez que —alude MANES (2004, p. 158-159)— la fuerza motriz de las organizaciones criminales será precisamente el aprovechamiento económico. Esta perspectiva es reconocida por la Convención de Palermo de 2000 al establecer, como componente de la definición del grupo delictivo organizado (art. 2, lit. a), que las actuaciones delictivas de estas organizaciones han de realizarse con el objeto de “obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico”⁷.

En tal sentido, con acierto sostiene ZÚÑIGA Rodríguez que “la búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Es su fin último... y toda su estructura, división del trabajo, toma de decisiones, relaciones internas y externas están funcionalizadas a la obtención del lucro”⁸. Desde esta perspectiva, el lavado de activos constituye el centro neurálgico que da sentido y equilibrio a las organizaciones criminales, representando una bisagra que

7 Tiene por ello razón Mercedes GÓMEZ al referir que “en las organizaciones criminales el delito carece, por sí mismo, de importancia, al constituir únicamente un instrumento para procurar un fin material de lucro. En la medida que el crimen organizado pueda obtener sus ingentes ganancias económicas, mediante el recurso a métodos legales, la actuación delictiva quedará en un segundo plano”, cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, 2004, p. 57-58.

8 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009, p. 133. Conviene precisar, junto a la autora, que las *características esenciales* de la criminalidad organizada son la organización —singularizada por los elementos de determinación de objetivos comunes, división del trabajo, estructura, permanencia, códigos de conducta comunes, sistema de toma de decisiones, relaciones entre los miembros o con el medio exterior, y tendencia a la autoconservación—, el fin de lucro y la comisión de delitos graves. Por otro lado, se tiene como *características contingentes* de la criminalidad organizada a la búsqueda de impunidad, el secretismo, las vinculaciones con el mundo empresarial y político, la búsqueda del dominio del mercado y su actividad internacional. Sobre esta cuestión, Víctor Prado identifica que la criminalidad organizada tiene como sus principales características las siguientes: permanencia operativa, estructura organizacional, práctica de negocios ilícitos, planificación de actividades, utilización de redes de protección, dinámica movilidad internacional, requerimiento de fuentes de apoyo, fin lucrativo, concierto de alianzas estratégicas o tácticas. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, 2013, p. 61-68.

articula a la criminalidad organizada con la economía legal (CASSANI, 1994, p. 57). Ahora bien, al ser el punto de aparición de la economía criminal, el lavado de activos pone de manifiesto un punto vulnerable del crimen organizado: la necesidad de blanquear dinero surge cuando se hace imposible justificar su origen legal, por tanto, reaccionar contra la base económica de las organizaciones criminales, privándolas del disfrute o reinversión de sus provechos ilícitos, posibilita tanto mermar cuanto quebrantar sus actividades delictuosas (ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS, 2006, p. 17).

El lavado de activos, por lo expuesto, se configura en un aspecto consustancial y esencial para la criminalidad organizada. Constituye el mecanismo (delictivo) empleado por las organizaciones criminales para satisfacer su necesidad imperiosa de revestir, a sus delictuosos rendimientos económicos, de apariencia de legalidad. La política criminal internacional ha entendido, a partir del análisis criminológico, que el objeto prioritario de la criminalidad organizada es la obtención de provechos patrimoniales. Por tal razón, una de las principales estrategias de lucha contra este fenómeno delictivo global será el ataque y destrucción de su poder económico, a través de instrumentos legales de carácter administrativo-preventivo y penal-represor. En la gráfica apreciación de CASSANI, la incriminación del lavado de activos se explica en que la reintroducción de los capitales de origen delictivo a los circuitos legales constituye “el talón de Aquiles de las organizaciones criminales” (CASSANI, 1994, p. 58).

Dado que el programa criminal de la organización está dirigido a la comisión de delitos especialmente rentables, se deberá recurrir al lavado de activos para incorporar los beneficios obtenidos como si fueren de procedencia legal, tanto para el sostenimiento de la organización como para el financiamiento de nuevas operaciones delictivas (TOVAL MARTÍN, 2016, p. 27). En efecto, el lavado de activos, señala PRADO SALDARRIAGA, dinamiza la continuidad y expansión de la criminalidad organizada, “al asegurar sus capitales ilícitos y posibilitar su reinversión y diversificación

productiva de bienes y servicios ilegales” (PRADO SALDARRIAGA, 2016, p. 371). La criminalidad organizada se aprovechará de las estructuras societarias no solo para dar cumplimiento a su objeto social “lícito”, realizando negocios jurídicos legítimos en las empresas bajo su titularidad, sino fundamentalmente para satisfacer su interés de cubrir al origen delictuoso de sus activos con un manto de aparente licitud (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, 2004, p. 58).

Las prácticas y técnicas del lavado de activos constituyen herramientas de la criminalidad organizada empleadas para reconducir a la legalidad los beneficios obtenidos delictuosamente, posibilitándoles su disfrute. También es posible que la empresa criminal tenga como único objeto ofrecer servicios técnicos para el lavado de activos, mediante la constitución y desarrollo de entramados societarios —por parte de profesionales en lo jurídico, corporativo y tributario, o expertos en auditoría o economía financiera (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2015, p. 137; GÁLVEZ BRAVO, 2014, p. 101)—, empleando sinergias entre sistemas mercantiles nacionales y las jurisdicciones *offshore*. La prestación de estos especialistas constituye el principal servicio ofrecido por este singular tipo de organizaciones criminales caracterizadas, expresa CHOCLÁN MONTALVO, precisamente por asistir “a otras organizaciones que concentran su actividad en el delito previo” (CHOCLÁN MONTALVO, 2000, p. 13).

Copia del original a solicitud del autor

Copyright del Instituto Pacífico

www.intitutopacifico.pe

Se aprecia, en suma, que factores como la liberalización del comercio, la existencia de un mercado global y el desarrollo postmoderno de las telecomunicaciones, han favorecido la vinculación y expansión de la criminalidad organizada y el lavado de activos. En este contexto global de comercio ilícito —en expresión de VIGNA— “el lavado de dinero aparece como motor esencial de los negocios. El avance de la tecnología financiera, la velocidad de los intercambios, han ampliado el mercado global y, con él, las negociaciones ilegales del crimen organizado” (VIGNA, 2005, p. 224).

1. Transnacionalidad

El lavado de activos constituye una consecuencia necesaria de todos los delitos capaces de generar rendimientos económicos, principalmente, los realizados por la criminalidad organizada. Los efectos de los casos vinculados con las actuaciones asociativas del grupo empresarial Odebrecht —y otras empresas vinculadas con la operación Lavajato— demuestran la transnacionalidad de las operaciones de lavado de activos. Este razonamiento implica que el proceso de lavado generalmente tiene por inicio —según precisa DURRIEU FIGUEROA (2013, p. 36)— la jurisdicción donde fue realizado el delito fuente, culminando cuando los fondos son reciclados o reintegrados en el sistema económico legal, con apariencia de haberse producido por fuentes legítimas. Un proceso de reciclaje puede completarse, por tanto, en el mismo país donde se produjo el delito precedente (operación nacional de lavado) o, incluso, involucrando diferentes jurisdicciones (operación transnacional de lavado) (FABIÁN CAPARRÓS, 2012, p. 478; BERMEJO, 2015, p. 120; BLANCO CORDERO, 2015, p. 395).

La idoneidad que presenta el lavado de activos para desarrollarse fuera de los límites nacionales se explica en diferentes factores. Un primer motivo radica en las facilidades que la globalización económica le ha dispensado al crimen organizado para poner en práctica negocios legales e ilegales, de modo instantáneo y en cualquier lugar del mundo. Un segundo factor está relacionado con el desarrollo de los sistemas de comercio electrónico, la innovación tecnológica y el libre comercio. Los cuales propician realizar operaciones económicas en cualquier parte del mundo, interactuando con anonimato, rapidez y facilidad. Un tercer elemento se basa en la esencia misma de las operaciones de reciclaje, la reinversión de los bienes en los mercados de diferentes jurisdicciones constituye la vía más eficiente para distanciarlos de su fuente criminal. Mientras se efectúen más operaciones económicas (GÁLVEZ BRAVO, 2014, p. 170) decrecerán las oportunidades para determinar el verdadero origen de los activos (DURRIEU FIGUEROA, 2013, p. 41-42). La movilidad

de los fondos de un país a otro dificulta la identificación de su origen, fundamentalmente cuando se emplean paraísos fiscales o centros financieros *off shore* (CALLEGARI, 2009, p. 33).

Desde la perspectiva jurídica, BLANCO CORDERO (2015, p. 70) identifica un contexto internacional que proporciona una serie de ventajas a los blanqueadores, entre los que cabe destacar. En primer lugar, la posibilidad de eludir la jurisdicción de los Estados que mantienen rígidas medidas antilavado. En segundo término, el aprovechamiento de las deficiencias que aún presenta la cooperación judicial internacional y el intercambio de información entre países de diferente tradición jurídica, tanto en lo relativo a sus sistemas penales como a sus heterogéneas culturas administrativas. Finalmente, los beneficios que presentan las jurisdicciones con débiles medidas regulatorias de control y persecución del lavado de activos.

Estos factores, por tanto, develan las limitaciones que presentan los sistemas jurídicos nacionales y los tradicionales mecanismos de cooperación internacional para luchar contra este fenómeno delictivo. El lavado de activos, se constata, ha tenido un desarrollado internacional de mayor celeridad que las políticas intergubernamentales dirigidas hacia su prevención y represión (CASSANI, 2008, p. 233-234). Es por ello indispensable que los Estados dirijan contra sí una ofensiva armonizada y global distinta a la empleada contra la criminalidad tradicional (ALBRECHT, 2001, p. 13).

2. Profesionalización

La rentabilidad producida por los delitos previos requiere ser incorporada al tráfico económico a través de mecanismos complejos, útiles para distanciar a los activos de su fuente criminal. Se identifica, por dicha razón, que detrás de las operaciones de reciclaje existe un aparato logístico debidamente organizado. Las ventajas que la globalización y los progresos tecnológicos proporcionan para el blanqueo, ha motivado que

las organizaciones criminales inviertan importantes recursos destinados a profesionalizar a sus integrantes (en caso de las organizaciones constituidas para el lavado), o a emplear un mayor número de profesionales externos (BLANCO CORDERO, 2015, p. 70). Cuando en el proceso de lavado se involucran rendimientos de cuantioso valor, es indispensable el empleo de técnicas sofisticadas maniobradas por especialistas del ámbito financiero, bancario, jurídico, económico, bursátil, fiscal o contable (GÁLVEZ BRAVO, 2014, p. 101; JIMÉNEZ GARCÍA, 2015, p. 71). Estos recursos permitirán, por un lado, reducir o neutralizar las contingencias de persecución penal, mientras que, de otra parte, asegurarán la dinámica y perfeccionamiento del circuito de reciclaje.

Esta tendencia hacia el profesionalismo (BERMEJO, 2015, p. 121; ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS, 2006), p. 23), mediante la intervención de dichos expertos en operaciones de reciclaje, justifica el mayor desvalor penal de sus conductas. El ejercicio abusivo de la posición funcional de estos especialistas en el marco de un proceso de lavado (PRADO SALDARRIAGA, 2013, p. 258-259), se ha configurado por los legisladores en una circunstancia agravante prevista en sus legislaciones penales antilavado. Conforme con esta consideración, por ejemplo, en nuestro sistema penal, estaremos frente a un caso agravado de lavado de activos cuando el interviniente fuere realizado —entre otros profesionales— por agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil”.

3. Dañosidad socioeconómica

El delito de lavado de activos ha logrado en la actualidad una singular autonomía que le permite configurarse como un injusto propio y diferenciado de los delitos con los que tradicionalmente se le vinculaba, aunque presentando con estos importantes conexiones (MENDOZA LLAMACPONCCA, 2017, p. 279). La emancipación (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARRÓS, 2011, p. 132) del delito de lavado con respecto al que produjo los activos de origen criminal, entraña a

su vez un injusto material dotado en sí mismo de dañosidad socioeconómica, merecido y necesitado de pena. De modo tal que ha dejado de depender de la sanción del delito fuente, superándose así la dimensión instrumental que ofrecía las organizaciones criminales. Si bien es cierto que estas se valen de los actos de lavado para dotar de apariencia de legalidad a sus ingentes rendimientos económicos, tal instrumental en sí mismo contiene un autónomo reproche punitivo por afectar un bien jurídico diferenciado e independiente del lesionado por las actividades criminales precedentes (JIMÉNEZ GARCÍA, 2015, p. 14).

Dada la naturaleza clandestina del lavado de activos, como lo reconoce la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), es difícil identificar la cantidad total de dinero que atraviesa el proceso de reciclaje en el mundo⁹. Sin embargo, el informe elaborado en octubre del 2011 por la UNODC, denominado como *Estimación de los flujos financieros ilícitos derivados del tráfico de drogas y de la delincuencia organizada transnacional*¹⁰, intenta dar luces sobre dicha problemática. Este informe¹¹ —presentado por el entonces Director Ejecutivo del UNODC, YURY FEDOTOV— reconoció, en primer lugar, que el Fondo Monetario Internacional había estimado, hacia 1998, que los fondos blanqueados en el mundo oscilaban entre el 2 % y el 5 % del producto bruto interno global (aproximadamente entre US\$ 800 billones y US\$ 2 trillones de dólares americanos). Adicionalmente, precisó que dicha estimación había logrado un consenso internacional y que constituía

-
- 9 Reseña intitulada como “Money-Laundering and Globalization” de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC. Recuperado de <<https://bit.ly/3b7f74b>>.
- 10 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2011), *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report*, Vienna: OCDE y UNODC, octubre del 2011. Recuperado de <<https://bit.ly/3cc6DZB>>.
- 11 Las conclusiones del Informe de la UNODC han sido empleadas, entre otros documentos, como considerandos de la Exposición de Motivos de la Resolución del Parlamento Europeo (del 23 de octubre del 2013), sobre “la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: Recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo”. Informe definitivo 2013-2107 (INI).

la base de ulteriores reportes, pero que —por haber transcurrido más de una década desde su emisión— debía ser actualizado. Por tanto, el Informe UNODC del 2011 —a partir de un estudio meta-analítico— concluyó que hacia el 2009 la estimación de los activos lavados en el mundo había ascendido al 3,6 % (entre el 2,3 % y el 5,5 %) del Producto Bruto Interno mundial (alrededor de US\$ 2,1 trillones de dólares americanos) (DEL CID GÓMEZ, 2013, p. 43).

Las estimaciones del volumen blanqueado a nivel mundial permiten apreciar la dañosidad socioeconómica de este fenómeno criminal. Poniéndose de manifiesto que, para un Estado, salvo que organice el funcionamiento de su economía a partir de la captación de capitales ilícitos (DEL CARPIO DELGADO, 1997, p. 79-80) —como ocurre en algunos de los llamados paraísos fiscales— la introducción de este tipo de activos genera serias distorsiones en su sistema económico financiero. Por tanto, el lavado entraña un contenido propio de desvalor penal de naturaleza socioeconómica que lo distingue y singulariza de los delitos que produjeron los activos requeridos de aparente legitimación. La represión del lavado de activos puede coincidir con la idea de que, con dicha penalización, se persigue desincentivar la criminalidad organizada o garantizar que el delito no resulte provechoso. Sin embargo, la sustantividad autónoma del lavado frente a la del delito precedente, explica su distinto tratamiento a los delitos que persiguen el resguardo del interés afectado con la obtención delictiva de provechos económicos.

III. EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO MECANISMO DE LUCHA POLÍTICO CRIMINAL CONTRA EL PATRIMONIO DELICTIVO

A. Cuestiones generales

La lucha político criminal contra la base económica de la delincuencia empresarial organizada no se limita a la persecución de las personas (naturales o jurídicas) que efectúan operaciones económicas sobre los bienes de origen delictivo, sino se extiende a la persecución del mismo

patrimonio criminal. De esta forma el Estado puede, a través de un proceso con todas las garantías seguido contra las cosas, declarar si estas tienen origen lícito o si, por el contrario, su procedencia es delictiva, resolviendo judicialmente, por tanto, que las mismas sean declaradas como de titularidad del Estado, ya que la Constitución solo protege el patrimonio lícito mas no el de origen delictivo.

En el Perú dicho proceso se denominada de “extinción de dominio” y se encuentra regulado en el D. Leg. N.º 1373, publicado el 4 de agosto del 2018. Antes de la normativa referida, nuestro legislador reguló la institución denominada “*pérdida de dominio*” a través del D. Leg. N.º 922, de julio del 2007. Posteriormente, mediante la Ley N.º 29212, de Abr/2008, modificó el D. Leg. N.º 922. La última norma de pérdida de dominio la encontramos en el D. Leg. N.º 1104 de abril del 2012.

En relación con la normativa vigente (el D. Leg. N.º 1373, llamada Norma de Extinción de Dominio), este se emitió en el marco de la Ley N.º 30823, por medio de la cual se delegó en el Ejecutivo la facultad de legislar —entre otras materias— sobre integridad y lucha contra la corrupción a fin de modificar la legislación vigente sobre la pérdida o extinción de dominio y facilitar la administración, por parte del Estado, de los bienes incautados, decomisados o declarados en pérdida de dominio. Luego, con el D.S. N.º 007-2019-JUS, del 1 de febrero del 2019, se aprobó el reglamento de la precitada Ley de Extinción de Dominio.

La extinción de dominio como figura jurídica tiene su origen en el país vecino de Colombia, donde se reguló por primera vez con la Ley 333/1996. Posteriormente se modificaron algunos aspectos sustanciales y procesales de esta figura mediante la Ley 793/2002. Esta norma fue también derogada posteriormente mediante la Ley 1453/2011, precepto legal que ha ejercido mayor impacto en Colombia. Finalmente, mediante la Ley 1708/2014, en dicho país se emitió el Código de Extinción

de Dominio (CED), que entró en vigencia en julio del 2014 (TOBAR TORRES, 2014, p. 23).

El D. Leg. N.º 1373 define la extinción de dominio en su art. 3.10 del título preliminar en los siguientes términos:

Consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros.

Antes del cuerpo normativo referido, no se contaba con un marco legal adecuado para transferir el dominio a favor del Estado de los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas. Entre otras razones, porque no se contaba con un proceso autónomo. No obstante, ahora con el D. Leg. N.º 1373 se ha establecido que:

[...] el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en estos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquel. (art. 2.3 del título preliminar).

Por primera vez en Perú, tal como lo señala el propio D. Leg. N.º 1373, se implementa la extinción de dominio como una herramienta de política criminal independiente y autónoma del proceso penal, dirigida específicamente contra bienes y fortunas adquiridas como producto de actividades ilícitas reprochables por el ordenamiento jurídico.

En relación con su naturaleza jurídica, en la Casación N.º 1408-2017/Puno de la Sala Penal Permanente, del 30 de mayo del 2019, se ha establecido que:

No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas. Es más, en la extinción de dominio

se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que a lo obtuvo. Por ello, tiene igualmente una naturaleza civil.

En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO ha señalado recientemente que:

[L]a extinción de dominio tiene un fundamento esencialmente civil, es decir, que impide que se pueda adquirir la propiedad o derechos reales sobre bienes por medio de actividades ilegales. Esto explica que sea un proceso autónomo, es decir, que no dependa de la previa determinación de un delito o injusto penal (GARCÍA CAVERO, 2019, p. 35).

Discrepamos con el parecer de este autor, si bien la extinción de dominio tiene ciertas características que similares al proceso civil, su fundamento no se identifica ni con este ni con el proceso penal, en la medida que no se dirige contra las personas sino contra los bienes. Esto es, su fundamento no se encuentra en el derecho civil, en la medida que hay una vinculación clara con objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se derivan de actividades ilícitas contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada. Se trata más bien de una institución *sui generis*, como el propio D. Leg. N.º 1373 lo establece, al consagrar su autonomía. Evidentemente, la extinción de dominio presenta en parte características tanto civiles como penales, sin llegar a identificarse plenamente con ninguna de estas ramas¹².

La extinción de dominio constituye, asimismo, un proceso que se aplica únicamente sobre derechos reales. A este tenor, el art. I del título

12 De igual opinión, si bien en referencia a la pérdida de dominio regulada por el D. Leg. N.º 1104, señaló Jorge Chávez: “Si bien es cierto, el proceso de pérdida de dominio no tiene un carácter penal ni civil no deja de ser un proceso judicial, en consecuencia, se rige por los principios que rodean el debido proceso”. Cfr. CHÁVEZ COTRINA, 2018, p. 98.

preliminar establece que esta norma se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

Si bien ya se encontraba regulada la institución de la pérdida de dominio, siendo la última norma vigente el D. Leg. N.º 1104¹³, no se contaba con jueces y fiscales especializados en pérdida o extinción de dominio. En efecto, una de las razones por las cuales se alcanzaron tan pocas sentencias de pérdida de dominio con el D. Leg. N.º 1104 era precisamente la inexistencia de una jurisdicción especializada. Asimismo, las Fiscalías que conocían los casos de pérdida de dominio eran los mismos fiscales especializados en lavado de activos, quienes contaban con una carga abundante por los casos de lavado.

Una de las novedades del D. Leg. N.º 1373 consiste precisamente en establecer que la competencia en extinción de dominio está a cargo de jueces especializados (del juez de Extinción de Dominio del distrito judicial donde se encuentre el bien de origen delictivo), así como de fiscales especializados en Extinción de Dominio, lo que ha permitido la creación del Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio (mediante Resolución Administrativa N.º 122-2019-CE-PJ, del 20 de marzo del 2019) y el nombramiento de sus jueces especializados

13 De conformidad con el Reglamento del D. Leg. N.º 1373 en su Segunda Disposición Complementaria y Transitoria: “No obstante, la aplicación inmediata de las normas del D. Leg. N.º 1373 y del presente Reglamento, los procesos de pérdida de dominio continúan rigiéndose por el D. Leg. N.º 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, respecto de los siguientes aspectos: reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado...”.

(Resolución Administrativa N.º 183-2019-CE-PJ, del 3 de mayo del 2019), unidades policiales especializadas, los mismos que han entrado en funciones a partir de mayo del 2019. Asimismo, mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos, del 7 de junio del 2019, se crean las Fiscalías Superiores Transitorias y Fiscalías Provinciales Transitorias de Extinción de Dominio a nivel nacional.

De conformidad con el art. 7 del D. Leg. N.º 1373 son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes:

- a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.
- b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.
- c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.
- d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.
- e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.
- f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investiga-

ción; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

- g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores.

La norma que regula los presupuestos mencionados debe interpretarse de forma conjunta con el ámbito de aplicación descrito en el art. 1 del título preliminar del D. Leg. N.º 1373. Es decir, los bienes y recursos sobre los que se pretende iniciar el proceso de extinción de dominio deben derivarse de actividades ilícitas tales como: delitos contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

Por otra parte, con el D. Leg. N.º 1373 por primera vez se establecen supuestos autónomos de extinción de dominio, sin vinculación alguna con un proceso penal en el que investigue o se haya sancionado al titular de los bienes. Recordemos que el D. Leg. N.º 1104 establecía 4 supuestos de pérdida de dominio, todos ellos relacionados con la imposibilidad de perseguir tales bienes en el proceso penal.

Copyright del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutupacifico.pe

B. La finalidad y garantías procesales aplicables

Según lo señala la propia norma, el D. Leg. N.º 1373 tiene como finalidad garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de este los bienes que provengan de actividades ilícitas o estén destinados a ellas. El aspecto que puede suscitar mayor controversia es el relativo al derecho de propiedad. El art. 2.4 del título preliminar del D. Leg. N.º 1373 define como dominio de los bienes la protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan

sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico. Y precisa, además, que “poseer, detentar o utilizar” bienes de origen ilícito no constituye justo título, salvo el derecho del tercero de buena fe.

En Colombia, país donde se reguló la extinción de dominio desde 1996, se inició un proceso de inconstitucionalidad, el mismo que fue resuelto mediante Sentencia C-740/2003. En esta se concluyó que este proceso no es inconstitucional porque la constitución solo protege la propiedad lícitamente obtenida. Por su parte, en nuestra jurisprudencia, se tiene a la Casación N.º 1408-2017/Puno (de la Sala Penal Permanente, emitida el 30/May/2019), la cual ha establecido que:

[...] La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae dentro del ámbito de la inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegido [...] (f. j. n.º 16).

En el mismo sentido también la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la UNODC (del 2011), en su preámbulo se establece:

La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas. Las actividades ilícitas, en especial las manifestaciones de criminalidad organizada, afectan gravemente los derechos fundamentales y constituyen una amenaza para el desarrollo sostenible y la convivencia pacífica. Por lo tanto, existe la imperiosa necesidad de fortalecer la lucha contra la delincuencia, a través de un mecanismo legal que permita al estado proceder sobre los bienes. La extinción de dominio constituye un instituto jurídico, autónomo

e independiente de cualquier otro proceso, dirigido a eliminar el poder y capacidad de la delincuencia.

El art. 2.5 del título preliminar del D. Leg. N.º 1373 establece la aplicación retrospectiva de la extinción de dominio en los siguientes términos: “la extinción de dominio se declara con independencia de que los supuestos hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto legislativo”. Esta disposición guarda concordancia con la protección constitucional al patrimonio lícito, ya que no es posible que el ordenamiento llegue a considerar lícito lo que constituye objeto, instrumento, ganancias o efectos que deriven de actividades ilícitas. Esto permitirá al Estado obtener a su favor cuantiosos activos ilícitos y hacer frente de manera más eficaz la lucha contra la delincuencia económica organizada.

Ahora bien, como el propio D. Leg. N.º 1373 lo señala, el límite viene por el tercero de buena fe que eventualmente adquiere un bien de procedencia ilícita o que fue objeto o instrumento de un delito. En ese caso en el proceso de extinción de dominio, debe acreditar dicha buena fe. Así, de conformidad con el art. 66 del reglamento de la Ley de Extinción de Dominio, tercero de buena fe es aquella persona natural o jurídica, que no solo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:

1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.
2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes y reglamentos u otras normas.
3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:
 - a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.

- b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.
- c) Concurran declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos.

Las facultades del tercero de buena fe en el proceso de extinción de dominio están estrechamente vinculadas con la finalidad del D. Leg. N.º 1373: “Garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de este los bienes que provengan de actividades ilícitas o estén destinados a ellas”. Es decir, en el proceso de extinción de dominio podrán intervenir los terceros agraviados, a quienes, por ejemplo, se les haya despojado de sus bienes a través de uno o varios delitos. Podemos poner como ejemplo el caso *Orellana*, en el cual a diversas personas fueron estafadas, y perdieron sus propiedades. En el proceso penal iniciado contra Rodolfo Orellana por lavado de activos y otros delitos, los agraviados apenas no han podido tener participación alguna para defender sus bienes inmuebles, ya que únicamente se les ha reconocido la condición de testigos, cuando en realidad son agraviados de los delitos previos patrimoniales. Esto se presenta porque en los casos de lavado de activos el agraviado es el Estado y quien litiga a favor de este es la Procuraduría especializada en Lavado de activos.

El art. 14 del D. Leg. N.º 1373 establece para el fiscal la obligación de localizar a los supuestos titulares de los bienes que se encuentran bajo un presupuesto de extinción de dominio, *y también a quienes podrían intervenir como terceros.*

Por otra parte, el art. 4 del D. Leg. N.º 1373 establece que en aplicación de esta norma se garantiza y protege los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes que resulten aplicables. No se señala, sin embargo, cuáles serían esos derechos. El reglamento sí establece que en el proceso de extinción de dominio se garantiza el derecho al debido

proceso, el que comprende los derechos de defensa, el derecho a la prueba y a la doble instancia (art. 9). Asimismo, El art. 5 del D. Leg. N.º 1373 reconoce expresamente al requerido los siguientes derechos:

- 1) Acceder al proceso directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado desde que es notificado con el auto que admite la demanda, o desde la materialización de las medidas cautelares.
- 2) Conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles.

Puede verse afectado el derecho de defensa del requerido cuando, por ejemplo, la demanda de extinción de dominio se expresa de forma genérica y vaga sobre los hechos, sin poder establecer con claridad en cuál de los presupuestos de extinción se subsume (En esta línea, aunque en relación al D. Leg. N.º 922 y a la Ley 29212, sobre pérdida de dominio, CÁCERES JULCA, 2008, p. 61).

- 3) Presentar y solicitar pruebas e intervenir en resguardo de sus derechos.
- 4) Controvertir las pretensiones interpuestas por la Fiscalía en contra de los bienes.
- 5) Renunciar al debate probatorio y optar por una sentencia anticipada de extinción de dominio.

C. Etapas del proceso de extinción de dominio

1. Etapa de indagación patrimonial

De acuerdo al art. 12 del D. Leg. N.º 1373, el proceso de extinción de dominio consta de dos etapas: una etapa de indagación patrimonial bajo la dirección del fiscal especializado en extinción de dominio, y una etapa judicial que inicia con la admisión de la demanda de extinción de dominio por el Juzgado Especializado.

Se trata de una fase pre-procesal o pre-jurisdiccional, tal como se establece en el art. 20 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la UNODC del 2011:

El procedimiento consta de dos etapas: una fase inicial o pre procesal que estará a cargo de la autoridad competente con funciones de investigación asignadas en el ordenamiento jurídico, y una fase procesal a cargo del juez que se iniciará a partir de la pretensión de extinción de dominio.

Será el fiscal especializado en extinción de dominio quien dirija la indagación patrimonial de oficio o por denuncia, cuando se configure alguno de los presupuestos previstos en la norma. Iniciada la indagación patrimonial se debe notificar a la Procuraduría Pública Especializada, para que participe conforme a sus funciones y atribuciones. La etapa de indagación patrimonial tiene carácter reservado.

A efectos de iniciar la indagación patrimonial, el fiscal debe emitir una disposición debidamente motivada, la misma que tiene como finalidades:

- a) Identificar, individualizar, localizar y ubicar los bienes de valor patrimonial sobre los cuales podrían recaer el proceso, por encontrarse en un supuesto de extinción de dominio.
- b) Localizar a los supuestos titulares de los bienes que se encuentran bajo un supuesto de extinción de dominio, o a quienes podrían intervenir como terceros.
- c) Recopilar elementos probatorios o indicios concurrentes y razonables, que demuestren la concurrencia de cualquiera de los presupuestos de extinción de dominio previstos en el presente decreto legislativo.
- d) Recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de domi-

nio, la actividad ilícita que corresponde y los bienes objeto de extinción de dominio

- e) Solicitar o ejecutar las medidas cautelares pertinentes.
- f) Solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria, reserva bursátil, y otras medidas que resulten pertinentes para los fines del proceso.

La indagación patrimonial finaliza cuando se ha cumplido su objeto o en un plazo máximo de 12 meses, prorrogable por única vez, mediante decisión motivada por un plazo igual. En los casos que se declaren complejos, el plazo máximo de 36 meses prorrogables por igual plazo, por única vez mediante decisión motivada. De conformidad con el art. 32 del Reglamento del D. Leg. N.º 1373 un caso puede ser declarado complejo cuando:

1. Tenga como objeto bienes transnacionales que obliguen al fiscal especializado a solicitar asistencia judicial internacional para obtener elementos materiales de prueba o evidencias.
2. Cuando existan bienes patrimoniales que pertenecen a una misma persona natural o jurídica, a un mismo núcleo familiar, a un mismo grupo empresarial o societario, o a una misma organización criminal, y que se encuentren en distintos distritos judiciales.
3. Cuando el número de bienes patrimoniales a investigar requiera de una cantidad significativa de actos de indagación.
4. Comprenda una cantidad importante de personas requeridas o partes interesadas.
5. Demande la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos.

Durante la etapa de la indagación patrimonial el fiscal, de oficio o a pedido del procurador público, para garantizar la eficacia del proceso de extinción de dominio, puede solicitar al juez las medidas cautelares

que considere necesarias. El juez resuelve en audiencia reservada dentro de las 24 horas de recibida la solicitud, apreciando la verosimilitud de los hechos y el peligro en la demora. Para estos efectos, puede ordenar el allanamiento y registro domiciliario de inmuebles.

Asimismo, durante la etapa de indagación patrimonial, el fiscal está facultado para ejecutar excepcionalmente y por motivos de urgencia, medida cautelar de orden de inmovilización, incautación, inhibición o inscripción sobre cualquiera de los bienes. Toda medida cautelar que haya ejecutado el fiscal especializado en la etapa de indagación patrimonial, debe ser confirmada o rechazada por el juez dentro de las 24 horas de ejecutada.

Las medidas cautelares se solicitan, conceden y ejecutan antes de poner en conocimiento del requerido la existencia de la indagación patrimonial; es decir se dan *inaudita parte*. El requerido recién tomará conocimiento una vez ejecutada la medida, en el plazo de 5 días hábiles. Contra la resolución judicial que concede o deniega las medidas cautelares el requerido puede interponer recurso de apelación.

Concluida la indagación patrimonial, el fiscal especializado está facultado para demandar ante el juez competente la declaración de extinción de dominio o archivar la indagación patrimonial, cuando no sea posible fundamentar ninguno de los presupuestos invocados en la norma de extinción de dominio. Dicha decisión puede ser objeto de queja por parte del procurador público dentro de los 5 días hábiles de notificada. El fiscal superior conoce de la queja interpuesta, y se pronuncia dentro de los 10 días hábiles, con conocimiento del procurador público especializado. De considerarla fundada, puede ordenar al fiscal a cargo de la indagación patrimonial la presentación de la demanda de extinción de dominio o continuar con la indagación cuando se hubiera advertido la insuficiente actuación en esta etapa; en caso contrario, aprueba el archivo.

Resulta singular que, en los casos donde la Fiscalía especializada en Extinción de Dominio archive la causa y la procuraduría no interponga queja contra la disposición de archivo, aún en ese escenario se eleva en

consulta lo actuado al fiscal superior, a fin de que confirme el archivo u ordene la presentación de la demanda al fiscal encargado de la indagación patrimonial.

La disposición de archivo constituye cosa decidida y solo puede iniciarse una nueva indagación patrimonial sobre los mismos bienes si se encuentran nuevas pruebas.

2. Etapa judicial

El fiscal formula por escrito, ante el juez, la demanda de extinción de dominio, la misma que debe contener lo siguiente:

- a) Los hechos en los que fundamenta su petición.
- b) La identificación, descripción y valuación económica de los bienes objeto de la demanda de extinción de dominio.
- c) El presupuesto en que fundamenta la demanda.
- d) El nexo de relación entre los bienes y la actividad ilícita o el incremento patrimonial injustificado.
- e) El nombre, los datos de identificación y el domicilio de las personas que pudieran tener interés en el asunto o, en caso contrario, debe señalar la razón que imposibilitó su localización.
- f) Ofrecimiento de las pruebas o indicios concurrentes y razonables que sustenten la pretensión.
- g) Solicitar las medidas cautelares si a ello hubiere lugar.

Recibida la demanda de extinción de dominio, el juez dentro del plazo de 3 o 10 días hábiles, según se trate o no de un proceso complejo, expide resolución debidamente fundamentada, pudiendo admitir a trámite la demanda, declararla inadmisibles o improcedente, comunicando dicha decisión al fiscal y al procurador público.

De advertir la ausencia de algún requisito formal el juez declara inadmisibles la demanda, concediendo un plazo de 3 días hábiles para la subsanación.

Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda, sin perjuicio de las acciones administrativas a que haya lugar. Contra la resolución que declara improcedente la demanda procede el recurso de apelación.

El requerido absuelve la demanda dentro de los 30 días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que la admite a trámite, ofreciendo los medios probatorios que crea conveniente para acreditar la licitud de los bienes, objetos, efectos o ganancias que sean materia del proceso de extinción de dominio. En este punto adquiere gran importancia la carga dinámica de la prueba, si el requerido presenta elementos de convicción sólidos acerca de la licitud de sus bienes, tal carga probatoria incidirá en su favor, con una sentencia que declare infundada la acción de extinción de dominio. Después de la absolución de demanda por parte del requerido, tiene lugar la audiencia inicial. En esta el juez verifica el interés y legitimación de las partes procesales, y que las partes propongan excepciones o nulidades.

En la *audiencia inicial*, el juez decide lo concerniente a las excepciones, y la admisibilidad o rechazo de las pruebas ofrecidas. En ningún caso el proceso se suspende por cuestiones previas, defensas previas o cualquier otro mecanismo procesal que busque tal finalidad. Una vez finalizada dicha audiencia, el juez fija fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la cual debe realizarse dentro de los 10 días hábiles siguientes.

La *Audiencia de Actuación de Medios Probatorios* es improrrogable, salvo que el abogado del requerido tome conocimiento de la causa en ese acto, en cuyo caso podrá prorrogarse por única vez por un plazo igual de 10 días hábiles. Dicha audiencia se realiza en un solo acto, y se actúan los medios probatorios admitidos con participación directa del juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso revista complejidad, la audiencia se suspende y continúa en el día hábil siguiente, y de no ser esto posible, en un plazo máximo de 5 días hábiles.

La sentencia expedida en primera instancia debe pronunciarse sobre la fundabilidad o no de la demanda, sustentándose en los indicios

concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. Contra la sentencia que declara fundada la demanda de extinción de dominio o que la desestima, procede únicamente el recurso de apelación.

D. Carga dinámica de la prueba

En el proceso de extinción de dominio no opera una inversión de la carga de la prueba. Por el contrario, el Estado peruano a través del fiscal especializado en Extinción de Dominio debe acreditar que concurren los presupuestos de aplicación previstos en el D. Leg. N.º 1373 y que está dentro del ámbito de aplicación de la norma antes citada; es decir, que el patrimonio que se pretende extinguir constituye objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

No obstante, el art. 2.9 del título preliminar del D. Leg. N.º 1373 reconoce si bien no de modo expreso, pero sí de modo implícito la carga dinámica de la prueba, cuando señala:

[P]ara la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien. *Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino ilícito del mismo.* [Énfasis agregado].

Con relación a la carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-740, 2003 Expediente D-4449, del 28 de agosto del 2003 ha señalado:

[...] El afectado tiene derecho a oponerse a la declaratoria de la extinción del dominio. Ésta es una facultad legítima que

está llamada a materializar el derecho de defensa del afectado, pues en virtud de ella puede oponerse a la pretensión estatal de extinguir el dominio que ejerce sobre los bienes objeto de la acción. *No obstante, este derecho de oposición a la procedencia de la declaratoria de extinción implica un comportamiento dinámico del afectado, pues es claro que no puede oponerse con sus solas manifestaciones.* Es decir, las negaciones indefinidas, en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. *De allí que, al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso.* Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes (f. j. n.º 37). [Énfasis agregado].

Conforme a la teoría de la carga dinámica de la prueba la parte que se encuentre en posición privilegiada para probar un hecho que interesa al proceso, es la que debe aportar la prueba respectiva; es decir, quien está en mejor condición de probar algo, debe hacerlo (ARCHILA GUÍO, 2013, p. 147). Así pues, el requerido en un proceso de extinción de dominio está en mejor condición para acreditar que los bienes o ganancias tienen un origen lícito. Esta actividad por parte de la defensa del requerido incidirá en su favor, de no hacerlo el proceso por extinción de dominio en su contra podría continuar, con todas las desventajas en relación a la disposición del patrimonio que ello implica. De este modo, desde la perspectiva de la defensa, la proactividad de la defensa para aportar evidencia de descargo, concretamente, elementos de convicción sobre la licitud del patrimonio del requerido que es objeto del proceso de extinción de dominio, es de singular importancia para poder lograr la

conclusión del proceso de extinción de dominio, al obtener una sentencia que declare infundada la demanda de extinción de dominio.

E. Un problema fundamental en relación al derecho de defensa durante la etapa de indagación patrimonial

Un problema fundamental que encontramos en el D. Leg. N.º 1373 es la restricción, a nuestro juicio desproporcional, del derecho de defensa durante la etapa de indagación patrimonial. En efecto, el art. 2.9 del D. Leg. N.º 1373 establece que la posibilidad de demostrar el origen ilícito de los bienes del requerido, recién se ejercitará cuando se admitida a trámite la demanda de extinción de dominio; es decir, *recién en la etapa judicial*. En la misma línea, el art. 5 del D. Leg. N.º 1373 que contempla los derechos del requerido, establece en el inc. 1: “Acceder al proceso directamente o a través de la asistencia y representación de un abogado *desde que es notificado con el auto que admite la demanda, o desde la materialización de las medidas cautelares*”. Entonces, como regla general, el requerido, recién tomará conocimiento del proceso de extinción de dominio en la fase judicial del mismo, salvo que en el caso concreto se hayan dictado contra él medidas cautelares. En este último caso si tomaría conocimiento del proceso seguido en su contra en la etapa de indagación patrimonial.

Adviértase, que el proceso de extinción de dominio regulado por el D. Leg. N.º 1373 y su reglamento *no es un procedimiento célere*. Así, la etapa de indagación patrimonial tiene como plazo máximo 12 meses, los que se pueden prorrogar por un plazo igual por única vez. Y en los casos complejos el plazo de esta etapa será de 36 meses, también prorrogables por igual plazo mediante decisión motivada. Durante todo ese tiempo —como regla general— el requerido no tomará conocimiento de que existe un proceso en su contra, y, por tanto, no podrá aportar elementos de convicción de descargo, conforme a la carga dinámica de la prueba.

Este grave problema que presenta la actual regulación de la extinción de dominio conforme al D. Leg. N.º 1373 y su reglamento *no se corresponde con lo previsto por la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la UNODC del 2011*, pues esta no contempla una etapa pre procesal de plazos tan amplios como los de nuestra legislación en vigor. Más aun, en Colombia —primer país que reguló la extinción de dominio— el Código de Extinción de Dominio, Ley 1708, del 20 de enero del 2014, el procedimiento consta de dos etapas (véase los arts. 116 y ss. del Código de Extinción de Dominio de Colombia): una etapa inicial o pre procesal preparatoria de la fijación de pretensión a cargo de la Fiscalía General de la Nación y una etapa de juzgamiento. No obstante, la primera etapa comprende a su vez tres fases: a) la fase inicial propiamente dicha, en la cual la Fiscalía General de la Nación lleva a cabo la investigación y la recolección de las pruebas; b) la fijación provisional de la pretensión de la Fiscalía General de la Nación; y c) el requerimiento al juez para que declare bien sea la extinción de dominio o la improcedencia de esta.

La resolución de fijación provisional de la pretensión se comunica personalmente al afectado al momento de materializar las medidas cautelares. Asimismo, después de comunicada la resolución de fijación provisional de la pretensión se ordena correr traslado por el término común de diez (10) días, para que los sujetos procesales y los intervinientes accedan a la carpeta de extinción de dominio; presenten sus oposiciones o pretensiones, ejerciendo su derecho de contradicción de manera previa a la definición de la pretensión extintiva, y aporten las pruebas que tengan en su poder y que quieran hacer valer en el trámite.

Ni el D. Leg. N.º 1373 ni el reglamento establecen —como si lo hace la legislación colombiana a partir de la fijación provisional de la pretensión por parte de la Fiscalía General de la Nación— la posibilidad de que el requerido tome conocimiento del procedimiento iniciado en su contra, y de presentar evidencia de descargo, concretamente, elementos de convicción sobre la licitud de sus bienes. El único supuesto en el que el D. Leg. N.º 1373 sí contempla la posibilidad de poner en conoci-

miento al requerido del proceso de extinción de dominio se da cuando se conceden y ejecuten medidas cautelares. En ese único supuesto, de conformidad con el art. 15 del D. Leg. N.º 1373 se notifica al requerido en el plazo de 5 días hábiles sobre dichas medidas, y puede apelar la resolución judicial que concede medidas cautelares.

Los problemas que surgen de una fase de indagación patrimonial *inaudita parte* son diversos y muy graves. De una parte, conviene recordar que la esencia de todo proceso es la contradicción, y que las excepciones a este principio deben estar plenamente justificadas y ser proporcionales. En relación con el derecho de defensa y la contradicción, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

El derecho de defensa se proyecta como un principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Al respecto, este Colegiado Constitucional ha sostenido que (...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra (cfr. STC 0649-2002-PA/TC, STC 2659-2003-PA/TC, STC 04105-2010-PA/TC, STC 02269-2007-PA/TC, STC 00013-2010-PI/TC, 02098-2010-PA/TC, entre otras). www.intitutopacifico.pe

Una norma de extinción de dominio no puede redactarse ni aplicarse teniendo como única finalidad la efectividad en la persecución del patrimonio de origen ilícito; porque ello implicaría una persecución patrimonial que tome como base la presunción de ilicitud general para todo procedimiento que se inicie. Debe tenerse en cuenta que, si bien no existe una presunción de inocencia en la extinción de dominio, en la fase de indagación patrimonial también debe permitirse al requerido ejercer su derecho de defensa, lo contrario resulta no solo desproporcionado, sino también arbitrario, y contrario a la misma idea del proceso.

Como hemos señalado, el plazo máximo de la indagación patrimonial que el D. Leg. N.º 1373 prevé es demasiado extenso (12 meses, prorrogable por única vez en casos ordinarios, y 36 meses prorrogables por igual plazo en casos complejos) como para someter la vida patrimonial de una persona natural o jurídica, o de varias, a una indagación respecto a la cual no puede defenderse, al no tomar conocimiento del procedimiento iniciado en su contra.

Frente al grave problema planteado, podemos plantear dos posibles soluciones. La primera, de *lege ferenda*, la modificación de la norma. Podría pensarse en una etapa de indagación similar a la prevista en el Código de Extinción de Dominio de Colombia, que a su vez tiene sub etapas, y que prevé una primera fase reservada, pero al mismo tiempo establece la obligación de comunicar al requerido del proceso iniciado en su contra a partir de la segunda sub fase denominada fijación provisional de la pretensión, etapa desde la cual podrá ejercer plenamente su derecho de defensa. La segunda, *de lege lata*, frente a la actual redacción del D. Leg. N.º 1373, cabe efectuar una interpretación constitucional que privilegia al derecho de defensa. De esta forma, el fiscal especializado en Extinción de Dominio sí está obligado a notificar del inicio del procedimiento de extinción de dominio, excepto en los casos en los que considere necesario solicitar medidas cautelares, en los cuales debe —según los establece el propio D. Leg. N.º 1373— notificar al requerido cuando se haya ejecutado la medida.

La notificación como acto de comunicación permitirá al requerido activar la carga dinámica de la prueba y presentar toda la evidencia de descargo vinculada a la probanza de licitud de su patrimonio y, en definitiva, ejercer su derecho a la contradicción. El derecho de defensa, de conformidad con el art. 139.14 de la Constitución, se extiende a todo tipo de procesos sancionatorios —la extinción de dominio concluye en una sentencia judicial sancionatoria— y garantiza el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.

IV. CONCLUSIONES

La política criminal internacional de lucha contra la base económica de la delincuencia organizada ha producido, entre otras instituciones, la criminalización del delito de lavado de activos y la normativización de un proceso dirigido contra el patrimonio criminal. El lavado de activos se ha configurado por los diversos Estados como un delito dirigido a reprimir actuaciones realizadas contra segmentos del orden socioeconómico, producidas por operaciones económicas ilícitas sobre patrimonio criminal. Mientras que, en relación con la persecución de los bienes de origen delictivo, los legisladores han emitido disposiciones dirigidas a normar un procesamiento específico no ya contra las personas (naturales o jurídicas) que efectúen las operaciones económicas aludidas —tipificación del delito de lavado de activos—, sino contra las cosas producidas por el delito o instrumentalizadas para la comisión criminal. Esta doble formulación normativa si bien pretende una finalidad constitucionalmente relevante —que es la lucha contra la delincuencia económica organizada—, no debe, sin embargo, incurrir en supuestos de ilegitimidad contra los que, antes bien, pretende combatir.

Copia del original a solicitud del autor
Copyright del Instituto Pacífico
www.intitutopacifico.pe