

LAS MEDIDAS SOBRE BIENES EN EL CONTEXTO DE LA COOPERACION JUDICIAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL TRAFICO ILICITO DE DROGAS EN EL SISTEMA AMERICANO

Dr. VICTOR PRADO SALDARRIAGA
Doctor en Derecho
Catedrático de Derecho Penal
Vocal Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima.

1. ANTECEDENTES

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, delineó cinco estrategias novedosas para afectar los recursos económicos de las organizaciones criminales. A través de ellas se pretendía reducir la capacidad de inversión, operatividad y comercialización de tales estructuras delictivas. En ese contexto pues se propusieron las siguientes medidas:

- a) La promoción y consolidación de un espacio internacional común de persecución y represión del lavado de dinero, mediante el fortalecimiento de la cooperación judicial o asistencia judicial mutua en materia penal.
- b) La ampliación y modernización de las disposiciones legales y de las técnicas operativas, para la inmovilización inmediata, la incautación y el decomiso de capitales y bienes de origen ilegal.
- c) La flexibilización del secreto bancario, así como la inversión de la carga de la prueba, para facilitar la investigación criminalístico-financiera de los actos de lavado de dinero.

Con el devenir de los años estas líneas de acción se fueron recepcionando y desarrollando por otros instrumentos jurídicos regionales como el Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito de 1990, y el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la CICAD-OEA de 1992.

2. LA COOPERACIÓN JUDICIAL Y LAS MEDIDAS SOBRE BIENES

Según los expertos “la Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le puedan prestar otros Estados, a través de su actividad jurisdiccional” (Raúl Cervini. La Cooperación Penal Internacional. Carlos Álvarez Editor. Valencia, 1994, p. 6.)

Ahora bien, existen tres niveles o grados de asistencia judicial mutua. El primer grado de colaboración corresponde a las medidas de carácter leve o simple. Generalmente diligencias de mero trámite como notificaciones, informes o averiguaciones, preliminares. El segundo grado de la cooperación judicial internacional en materia penal es el que se refiere a las medidas que pueden causar un gravamen relevante y en algunos casos irreparable sobre los bienes de las personas. Aquí se ubican los registros, embargos, secuestros, entrega de objetos, incautaciones y decomisos. Finalmente, el tercer grado de la ayuda judicial es aquél relativo a la aplicación de medidas que afectan gravemente la libertad y los derechos de una persona. A este ámbito corresponden en exclusiva los procedimientos de extradición (Cfr. Raúl Cervini. Ob. Cit., p. 21).

Las medidas sobre bienes son, pues, formas de asistencia judicial mutua de segundo grado. Ellas, por lo demás, pueden ser temporales como los embargos o las incautaciones; o definitivas como los decomisos. Procesalmente, por tanto, pueden constituir acta de investigación, medidas cautelares o actos de ejecución de sentencias condenatorias.

3. EL MARCO LEGAL VIGENTE

La normatividad vigente en materia de asistencia judicial mutua comprende instrumentos jurídicos de distinto alcance y operatividad. Sin ingresar en el tradicional debate sobre la naturaleza penal internacional o internacional penal de los mismos, su regulación se expresa generalmente en un Convenio o Tratado interestatal de efectos vinculantes.

En la actualidad en el sistema hemisférico el marco legal básico, que regula la cooperación judicial entre los Estados, está reunido en los siguientes documentos globales, regionales y nacionales:

- a) La Convención de Las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Los artículos 5º y 7º aluden de modo expreso a las medidas sobre bienes. Al respecto el literal b del numeral 5 del primero de los artículos citados establece criterios de reparto de los bienes decomisados o de los productos de su venta entre los Estados que hayan participado en un procedimiento de asistencia judicial de segundo grado.
- b) La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Este documento Regional aprobado en 1992 (vigente desde 1996) regula de modo general la colaboración a través de medidas sobre bienes en sus artículos 13º, 14º y 15º. En este último dispositivo se establece además que “ Las Partes se prestaran asistencia mutua, en la medida permitida por sus leyes, para promover los procedimientos precautorios y las medidas de aseguramiento de los ingresos, frutos o instrumentos del delito”.
- c) El Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de la CICAD-OEA. Fue aprobado en 1992 y ha sido reformado en 1995 y 1996. Es un documento base que no tiene efecto vinculante, pero que orienta el desarrollo legislativo sobre prevención y control del lavado de activos entre los países de la Región. Varios artículos de este Reglamento Modelo están referidos a la asistencia judicial en medidas sobre bienes (Cfr. Artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 20º). El artículo 8º, por ejemplo, plantea la posibilidad de una acción de oficio al señalar que: “Conforme a derecho, el tribunal o autoridad competente podrá ordenar la incautación o embargo preventivo o decomiso de bienes, productos o instrumentos situados en su jurisdicción territorial que estén relacionados con un delito de tráfico ilícito u otro delito grave, cometido contra las leyes de otro país, cuando dicho delito, de haberse cometido en su jurisdicción, también fuese considerado como tal”.
- d) Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. El origen de estas Recomendaciones se remonta al estudio realizado por los especialistas del Grupo de los 7 y que conformaron el Grupo de Trabajo de Acción Financiera (FATF) sobre el Lavado de Dinero. Las Cuarenta Recomendaciones GAFI fueron adoptadas en 1990 y luego han sido objetos de modificaciones. Asimismo, a su influjo se han elaborado instrumentos Regionales como las 19 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera del Caribe – GAFIC. Recientemente se ha organizado otra filial GAFI en nuestro hemisferio y que comprende a los países sudamericanos (GAFISUD). Las Recomendaciones 33 a 39 están vinculadas con la asistencia mutua para medidas sobre bienes. En especial resulta muy útil para las prácticas de cooperación hemisférica lo señalado en la Trigésimo Novena Recomendación: “Para evitar conflictos de jurisdicciones debe considerarse la elaboración y aplicación de mecanismos para determinar el mejor procedimiento para enjuiciar a los delincuentes, atendiendo al interés de la justicia, en los casos sujetos a enjuiciamiento en más de un país. Del mismo modo debe llegarse a acuerdos para coordinar los procedimientos de embargo y confiscación que puedan incluir la distribución de los bienes confiscados”.
- e) Convenios o Tratados Bilaterales Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal Suscritos entre los Países del Hemisferio. A partir de la década de los noventa, los países de nuestra Región han suscrito múltiples Convenios o Tratados bilaterales para favorecer la asistencia judicial mutua en sus diversos grados. El patrón común de estos instrumentos es la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. En todos estos documentos se regulan medidas de Asistencia sobre bienes aunque se suele eludir la regulación del destino de decomisos conjuntos o por efecto de operaciones policiales combinadas. A modo de ejemplo podríamos señalar que el Convenio Bilateral suscrito entre la República del Perú y la República de El Salvador sobre Asistencia Judicial Mutua del 13 de Junio de 1996 (Artículo 16º), así como el suscrito entre el Perú

y Colombia el 12 de julio de 1994 (Artículo 16º), por referirnos a países centroamericanos y sudamericanos contienen normas expresas para la aplicación de medidas de asistencia sobre bienes. En estos acuerdos bilaterales un elemento importante es la exigencia de la doble incriminación para la procedencia de las solicitudes de asistencia en medidas sobre bienes.

- f) Legislación Nacional de Cada País Sobre Procedimientos de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal. Es relevante advertir que en los procesos de reforma que se vienen aplicando en el ámbito procesal y en las normas sobre tráfico ilícito de drogas, los legisladores nacionales tienden a incluir normas detalladas sobre cooperación judicial internacional. Ahora bien, la operatividad de estas normas es siempre de carácter supletorio y ante la ausencia de un Convenio o Tratado bilateral o multilateral. En estas leyes internas se regulan también disposiciones sobre medidas de asistencia en bienes.

Esta loable tendencia se apreció inicialmente en el Código de Procedimiento Penal de Colombia de 1991 (Artículos 533 a 571), y se ha ratificado en el Código del 2000 en el libro V (Arts. 439 a 535), y luego fue seguida por el Proyecto de Código Procesal Penal Peruano de 1995 (Artículos 466 a 494) y el Código de Bolivia de 1998. En la Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y otras Sustancias Controladas de Nicaragua también se dedica su Capítulo XII a la Cooperación Jurídica Internacional (Artículos 89 a 94). Algo similar ocurre en Costa Rica.

4. LA SOLICITUD DE ASISTENCIA JUDICIAL MUTUA Y LAS MEDIDAS SOBRE BIENES

4.1 Requisitos Esenciales

La solicitud que formula el Estado Requirente para la asistencia judicial del Estado Requerido, está sujeta a presupuestos y requisitos generales. Entre los más importantes se encuentran los siguientes:

- a. Solicitud expresa formulada por la Autoridad Central del país requirente. El problema principal que suele afectar este requisito esencial, es la diferente posición funcional del órgano que opera como Autoridad Central en los países vinculados con un procedimiento de asistencia judicial mutua. En efecto la excesiva formalidad que suele caracterizar a las instancias judiciales de nuestros países, muchas veces neutraliza o retrasa el pedido de asistencia que es formulado por un ente de jerarquía funcional distinta o inferior como el Ministerio Público o un Órgano Administrativo.
- b. Doble Incriminación del Hecho Punible Imputado. Si bien los documentos internacionales suelen admitir las solicitudes de asistencia judicial mutua, sin imponer la regla de la doble incriminación. De allí que el párrafo primero del artículo 9 de la Convención Interamericana precise que “La asistencia se prestará aunque el hecho que la origine no sea punible, según la legislación del Estado requerido”. No obstante, en el caso de las medidas sobre bienes ese requerimiento es una condición ineludible, salvo expreso consentimiento de la persona afectada. Ahora bien, este presupuesto no se extiende a la penalidad conminada, sino exclusivamente a la tipicidad paralela en el país requerido del hecho punible que sustenta la solicitud del país requirente.
- c. Naturaleza del Delito. Es común en la actualidad que los convenios bilaterales o multilaterales no restrinjan su aplicación a un numerus clausus de delitos. Por el contrario la tendencia es a comprender a todos los delitos comunes, excluyendo únicamente a las faltas o contravenciones. Al respecto, la Convención Interamericana se limita a exigir que el “hecho debe ser punible con pena de un año o más de prisión en el Estado Requirente” (Artículo 6º).
- d. Prevalencia del Derecho Interno del País Requerido. Este es un presupuesto común a otros procedimientos de asistencia de primer o tercer grado. El derecho interno del país requerido es el que ha de regular la ejecución y alcances de la tramitación y evaluación de la solicitud de colaboración que plantee el país requirente. Así, por

ejemplo, el numeral 2 del artículo 4º del Convenio Bilateral PERÚ-EL SALVADOR precisa que “Para la ejecución de las acciones solicitadas se aplican las disposiciones de la Ley de la Parte requerida, excepto la observación de las formas y modalidades expresamente identificadas por la Parte requeriente que no sean contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la Parte requerida”.

- e. Información Suficiente sobre los Bienes y sus Titulares. La eficacia de un procedimiento de asistencia sobre bienes depende no sólo de su legitimidad, sino de la claridad y detalle de su exposición y requerimiento. En ese sentido, en todos los documentos que regulan actos de cooperación se han definido contenidos y formas mínimas para la formulación y sustentación de la solicitud de asistencia. A ellos nos referiremos seguidamente.
- f. Uso del Canal Diplomático para la Remisión de las Comunicaciones. Pese a que la Convención Interamericana privilegiaba el trato directo entre Autoridades Centrales, con el claro objetivo de superar los burocratismos y exageradas formalidades de la vía diplomática, los Convenios bilaterales suelen exigir ese canal para la comunicación de medidas de asistencia judicial mutua. En efecto en el párrafo final del artículo tercero de la Convención Hemisférica se estipula que “Las Autoridades Centrales se comunicaran mutuamente en forma directa para todos los efectos de la presente Convención. Para algunos esta importante licencia parece ser la traba que impide que varios Estados ratifiquen la Convención y permitan su operatividad. Por el contrario, como advertíamos, en los Convenios entre países la vía diplomática está oficializada, como lo demuestra el acuerdo bilateral entre Perú y Colombia cuyo artículo 19º exigen que “Las Comunicaciones entre las Partes, se efectuaran a través de sus respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores”. Es interesante, sin embargo, apreciar que la legislación interna de algunos países posibilita el uso paralelo de la vía directa. Esto último ocurre en la legislación nicaragüense anteriormente citada, cuyo artículo 91º reconoce que “Las Solicitudes de Asistencia formuladas por otros Estados podrán plantearse por la vía Diplomática o directamente a la Procuraduría Penal de Justicia de Nicaragua quien proporcionará su rápida ejecución ante los tribunales Competentes. Las Procuraduría Penal de Justicia formulará y tramitará por la vía correspondiente las solicitudes nacionales de Asistencia Procesal”.
- g. Cláusula de Especialidad. Ello implica que la asistencia y sus resultados quedan sujetos a una aplicación exclusiva en el proceso y por el delito que la motivaron , no puede ser utilizados en otra causa (Cfr. Artículo 7º , numeral 13 de la Convención de Viena).

4.2 Contenidos De La Solicitud

En lo fundamental las solicitudes de asistencia conforme a la legislación vigente, deberán contener las siguientes indicaciones, de modo pormenorizado y detallado. Ellas además deberán redactarse en el idioma del país requerido:

- a) La autoridad judicial que interviene (órgano judicial a cargo del proceso o investigación, no tribunales de excepción) y los datos de identidad de la persona procesada ;se debe identificar al imputado, no se pueden adelantar investigaciones “contra quien resulte responsable”, así como el objeto y la naturaleza del proceso incoado(penal, civil) y las normas legales aplicables al caso(tanto orgánicos como adjetivos).
- b) El objeto y motivo de la solicitud de asistencia.
Aquí se debe precisar el tipo de medida que se solicite(cautelar, decomiso, registros, etc) y la razón de ello. Por ejemplo, que los bienes se vayan en territorio del país requerido o que haya conexiones entre el imputado y los bienes de terceros en el país requerido, etc.

- c) Descripción adecuada de los hechos que constituyen el delito que motiva la asistencia, conforme al derecho interno del país requirente. Deberá transcribirse o adjuntarse el texto de las disposiciones legales pertinentes, debidamente certificados. Algunos convenios plantean que se obvie esta formalidad de la autenticación en la medida que la documentación sea oficial y sea remitida por la autoridad central competente.
- d) Referencia fundamentada a cualquier aspecto o procedimiento especial que el Estado requeriente desea que se adopte. Este requerimiento es excepcional y dependerá de la normatividad y necesidad procesal del país requirente. Por ejemplo, duración de la medida cautelar, nombramiento de depositarios, etc.
- e) El plazo dentro del cual el Estado requeriente desearía que la solicitud de asistencia se cumpla. Ello es importante para la oportunidad del auxilio y su uso procesal adecuado.
- f) La descripción del lugar objeto del registro y de los objetos que deben ser aprehendidos. Estos contenidos son dirigidos a actos de investigación para el hallazgo de bienes, pueden involucrar inmuebles, centros de documentación , registros públicos, etc.
- g) Mención expresa del Tipo de bienes respecto de los cuales se solicita la inmovilización, decomiso, incautación, secuestro y embargo, y de su relación con la persona contra quien se inició o iniciará un procedimiento judicial. Estas precisiones son muy importantes para facilitar la ejecución inmediata de la solicitud, a la vez que para evitar afectar los intereses de terceros de buena fe.
- h) Cuando fuere necesario una precisión del monto dinerario a que asciende la afectación de la medida cautelar real. Esta exigencia es relevante en cuanto se deba sustituir el bien objeto de la medida, ante la imposibilidad de someterlo a ella. Por ejemplo, el literal “b” , del numeral 6, del artículo 5º de la Convención de Viena señala que “cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas , sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado”
- i) Las normas y modalidades especiales que eventualmente se requieran para la ejecución de las acciones solicitadas, así como los datos identificatorios de las autoridades del país requirente o de las partes privadas (actor civil) que puedan participar en ellas.
- j) Cualquier otro dato o información complementarios que sean útiles para la ejecución de la solicitud. Esta información complementaria puede estar referida a medios de prueba o instrumentos normativos derivados, etc.

Es de señalar, que el Estado requerido puede solicitar la información adicional que estime necesaria conforme a su ordenamiento legal.

4.3 El Trámite de la Solicitud

La Convención Interamericana y los Convenios Bilaterales existen , desarrollándose de modo genérico las opciones de tramitación de las solicitudes de asistencia. Y en todos estos documentos se privilegia al respecto la legitimidad, intermediación y celeridad de la atención del requerimiento.

En principio el estado requerido puede denegar la asistencia, si la solicitud carece de legitimidad, afecta la cosa juzgada o va orientada a fines contrarios a los derechos humanos o a los intereses, soberanía y seguridad del país requerido. En el artículo 9º de la Convención Interamericana se hace un detalle de las distintas causales de denegación; similares causales se aprecian en el artículo 3º del Convenio Bilateral PERU – EL SALVADOR. En este artículo se señalan entre otras, las siguientes:

- a) Si las acciones solicitadas se hallan prohibidas por la ley de la parte requerida, o son contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de dicha parte.
- b) Si el hecho, en relación al que se procede, es considerado por la parte requerida , delito político o delito exclusivamente militar.

- c) Si la parte requerida tiene razones fundadas para suponer que consideraciones relacionadas con la raza, la religión, el sexo, la nacionalidad, el idioma, las opiniones políticas o las condiciones personales o sociales de la persona imputada del delito pueden influir negativamente en el desarrollo del proceso o en el resultado del mismo.
- d) Si la persona contra quien se procede en la parte requiriente ya ha sido juzgada por el mismo hecho en la parte requerida.
- e) Si la parte requerida considera que la prestación de asistencia puede ocasionar un perjuicio razonable a su soberanía, o su seguridad o a otros intereses esenciales nacionales

Ahora bien, la denegatoria debe ser motivada y comunicada lo antes posible al país requirente. Esta decisión negativa y razonada ratifica la vigencia de un viejo principio de asistencia judicial internacional y que señala que “ **la cooperación no se impone, se propone**”.

La parte requerida puede, también, diferir la tramitación de la solicitud de asistencia, cuando ella interfiere en un procedimiento judicial que se siga ante sus tribunales. En estos casos también debe informar al país requirente de su decisión especificando los motivos de la misma.

Corresponde a la Autoridad Central del país requerido hacer el seguimiento de la tramitación de la solicitud de asistencia ante la instancia jurisdiccional competente de su país, esta última debe fijar fecha de realización de la medida. Según los casos el estado requirente podrá asistir a las diligencias programadas si así se hubiera solicitado y acordado, para lo cual el Estado requerido deberá comunicarle el lugar y fecha de la ejecución del pedido de asistencia.

Los gastos que demande la tramitación de la solicitud serán asumidas por el Estado requerido, salvo que esta sean extraordinarias en virtud de lo cual se puede acordar excepcionalmente un costo compartido entre los Estados vinculados en el acto de asistencia.

Por lo demás. Las responsabilidades que pudieran derivarse de una ejecución abusiva o irregular de la medida serán establecidas con arreglo a la legislación del país requerido.

5. REPARTO DE BIENES DECOMISADOS

Uno de los aspectos más controvertidos de la asistencia judicial mutua sobre bienes, es el relativo a la repartición de aquellos activos que alcanzan una decisión definitiva de decomiso en un Estado, gracias al apoyo y colaboración directa o indirecta de otro Estado.

En este dominio la normatividad vigente en nuestro continente es muy limitada y genérica. Por lo general los Convenios Bilaterales omiten regular normas sobre el particular.

De allí, pues, que de modo supletorio los problemas que puedan suscitarse ante estas consecuencias de la colaboración interestatal, principalmente derivadas de operaciones encubiertas, deben superarse en líneas de consenso, equidad y armonía continental. No obstante, en algo pueden ayudar las pautas generales que de modo refundido ubicamos en la Convención de Viena (Artículo 5º, inciso 5, literal b), el Reglamento Modelo de la CICAD- OEA (Artículo 7º, literales “d” y “e”) y en las Recomendaciones GAFI (Recomendación 39); también es relevante por ejemplo, lo propuesto en la parte final del párrafo segundo del artículo XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción y que ha sido ratificado por varios países de la región. En estos instrumentos internacionales y regionales se fijan las siguientes pautas:

- a. Que los bienes decomisados o el producto de su venta se distribuya, proporcionalmente, entre los países que facilitaron o colaboraron a la aplicación judicial de las medidas.
- b. Que los bienes decomisados o el producto de su venta sea aportado total o parcialmente a organismo intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el uso indebido de tales sustancias.

- c. Que se transfieran los bienes decomisados o el producto de su venta al país requeriente.

6. A MODO DE CONCLUSION

No cabe duda que la aplicación de medidas sobre bienes en nuestro hemisferio es todavía un reto importante para la asistencia judicial mutua. Problemas formales, operativos y también de insuficiencia normativa hacen que este tipo de procedimientos no alcance aun cuotas significativas de eficacia y oportunidad. Lamentablemente los derechos nacionales no han evolucionado al mismo ritmo que las disposiciones internacionales, de allí que las reglas sobre medidas cautelares reales o decomisos son aún de corte tradicional. Por otro lado, es frecuente, también, que el manejo de las normas internacionales sobre asistencia mutua sean aún desconocidas para muchos Magistrados del continente. De allí, pues, la importancia de desarrollar programas de capacitación que informen sobre sus alcances y características.

Para concluir quisiéramos señalar algunas medidas de acción inmediata para potenciar la utilidad de los procedimientos de asistencia judicial mutua sobre bienes. Al respecto consideramos indispensable lo siguiente:

- a) Fortalecer la realización directa de las solicitudes de asistencia a través de las autoridades centrales de cada estado.
- b) Diseñar Guías Operativas sobre solicitudes de asistencia judicial mutua para medidas sobre bienes, y difundirlas entre las agencias judiciales.
- c) Armonizar la legislación interna correspondiente y el nivel funcional de las Autoridades Centrales.
- d) Establecer en los Convenios Bilaterales normas que definan el reparto de los bienes decomisados a través de procedimientos de asistencia o como consecuencia de operaciones policiales combinadas. En este nivel debe primar un criterio de equidad y de cooperación.