

**DEPARTAMENTO CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (DDOT)
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)**

**XLIX REUNIÓN (VIRTUAL) DEL GRUPO DE EXPERTOS
PARA EL CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS
10 de noviembre de 2020
Asunción – Paraguay**

**OEA/Ser.L/XLIX. 4.49
DDOT/LAVEX/doc.22/20
10 de noviembre de 2020
Original: Español**

**ESTUDIO SOBRE APLICABILIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES SUJETOS A DECOMISO EN EL
EXTRANJERO**

2020

INTRODUCCIÓN

El Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos (GELAVEX), en su en su XXIV Reunión plenaria que tuvo lugar del 7 al 9 de noviembre de 2007, en la ciudad de Santiago de Chile, definió como sus áreas de acción el decomiso, extinción o pérdida de dominio, organismos de recuperación de activos, coordinación e integración entre las unidades de inteligencia financiera (UIF) y los organismos de persecución e investigación, y financiamiento del terrorismo.

El GELAVEX preparó el Plan estratégico para el Trienio 2018-2020 del Grupo en la XLIV Reunión celebrada en Asunción Paraguay del 25 al 26 de septiembre de 2017, el cual fue aprobado en su Sexagésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones de la CICAD

De acuerdo con el plan de trabajo 2019-2020 aprobado, el Subgrupo de Trabajo de Cooperación Internacional y Decomiso asumió el compromiso de la realización de: a) un estudio sobre aplicabilidad de medidas cautelares sobre bienes sujetos a decomiso en el extranjero; y b) el diseño de una red de conceptualización administradores de activos incautados y decomisados.

Considerando que los recursos ilícitos obtenidos, producto de la comisión de los delitos, están siendo trasladados en gran escala a la economía mundial, genera la necesidad de implementar y ejecutar mecanismos que puedan realmente disrumpir las economías ilegales y los grupos delincuenciales que las llevan a cabo, lo que implica actuar sobre sus activos, no solo nacionales, también los ubicados en el extranjero.

El Manual de Asistencia Judicial Recíproca y Extradición de la Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, de 2012, advierte que “En una época de presupuestos y recursos limitados, y a la luz de la gravedad de los delitos, es imperativo que los Estados requirentes hagan todo lo posible por que sus solicitudes de asistencia internacional sean concluyentes y tengan un sólido fundamento jurídico, lo que permite conservar recursos preciosos. Los Estados requeridos también cumplen una función importante en el proceso, ya que su flexibilidad en la interpretación de sus propias normas, junto con su capacidad y deseo de asesorar al Estado requirente sobre los requisitos de fondo y de forma de su propio país tienen profundas consecuencias en el éxito o fracaso de toda solicitud de asistencia judicial recíproca (...)”.

OBJETIVO GENERAL

El objetivo del estudio es servir de insumo para el conocimiento de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos, que faciliten su comprensión y de esa manera, pretender que las solicitudes de asistencia legal mutua y cooperación internacional para la incautación y decomiso de activos, sean más eficientes, eficaces y expeditas. De igual forma, constituir un insumo valioso para que los operadores judiciales mejoren sus prácticas al momento de buscar la aplicación de estas medidas para bienes fuera de su territorio.

METODOLOGÍA

Fue realizada una revisión teórica respecto a los alcances de la asistencia legal mutua y la cooperación internacional en la incautación y decomiso de activos. Se realizó una revisión de los mecanismos de cooperación internacional, tanto formal como informal, con el fin de conocer las formas en las cuales los estados comparten información acerca de los bienes y cuáles son los instrumentos jurídicos que permiten el aseguramiento precautelar de éstos.

Con base en la revisión de la valiosa información práctica compartida por la Delegación de Estados Unidos de Norteamérica, así como la facilitada por Colombia y Costa Rica, fue posible examinar las realidades de la puesta en práctica de estos instrumentos, que dieron como resultado las conclusiones que se exponen en este estudio.

MARCO TEÓRICO

“Si los enemigos del progreso y los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia” **Kofi Annan**, exsecretario general ONU

Esa mundialización a la que se refiere el exsecretario general de las Naciones Unidas deja en evidencia el hecho de que la investigación y procesamiento de la delincuencia organizada requiere de un sistema de cooperación judicial mutua, que permita a los Estados la obtención de las pruebas necesarias para demostrar la comisión del delito, cuando estos se encuentran fuera de su jurisdicción territorial, respetando el derecho de soberanía de cada país. Esa necesidad lleva a los países a firmar tratados y convenciones internacionales para la asistencia legal mutua, con el fin de que los procedimientos para la obtención de esa prueba fuera de su jurisdicción, se realice mediante procedimientos ágiles y expeditos, sustentados en la cooperación jurídica internacional.

La cooperación judicial mutua se ha plasmado en convenciones y tratados internacionales, que han abarcado varios ámbitos. Esa cooperación puede plasmarse a través de solicitudes de asistencia legal mutua, extradiciones o solicitudes informales. Este estudio se centra en aplicabilidad de las medidas cautelares decretadas sobre bienes que se encuentran en el territorio de otro estado. Para ello, se realiza un análisis teórico de las figuras de la asistencia legal mutua y la cooperación internacional para la aplicación de medidas cautelares sobre bienes.

El punto de partida es el derecho internacional que se fundamenta en las ideas comunes de los Estados, sus sistemas legales y los principios fundamentales de cada uno de ellos, buscando una concordancia entre cada uno de los sistemas, para lograr las menores contradicciones posibles y desde el punto en común brindarse cooperación mutua. El compromiso de ayuda entre los Estados es el pilar fundamental para el éxito de esa colaboración y la base de su aplicabilidad. Se generan obligaciones y derechos para los Estados suscribientes, por la fuerza vinculante de los tratados y del principio de buena fe. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, alega el principio "***Pacta sunt servanda***": Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Esto crea, por lo menos teóricamente, la obligatoriedad de los Estados parte de brindarse ayuda mutua, siempre que esa ayuda sea basada en el respeto al ordenamiento jurídico interno de los países.

De manera tal que la naturaleza jurídica de la Asistencia Legal Mutua en materia penal consiste precisamente en la cooperación entre Estados, pretendiendo en todo momento agilizar la tramitación con resultados efectivos, de los diversos procesos judiciales, evitando y previniendo los retrasos en los tribunales de justicia de sus propios países por aquellas diligencias que necesariamente deben realizarse en otro Estado.

Dicha ayuda debe ser pronta, ágil y efectiva, pero a la vez respetuosa de los derechos de las personas que intervienen de una u otra manera en dichas diligencias, siendo que de ninguna forma se les debe ocasionar detrimento a su integridad o derechos fundamentales.

No es ajeno para los Estados que el conocimiento de los sistemas judiciales de los otros países tendrá como resultado mayores beneficios al momento de ejecutar la asistencia legal mutua. La correcta ejecución de estos procedimientos tendrá como resultado que los elementos de prueba obtenidos en el extranjero sean obtenidos utilizando los mismos criterios de admisibilidad y de ponderación probatoria, puedan ser efectivamente usados en los procesos judiciales y así cumplir con el objetivo de la persecución penal.

El catedrático español Gregorio Garzón Clariana, en su artículo titulado Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional (1976), señala que para que la asistencia legal mutua pueda materializarse, deben concurrir tres elementos:

1. Una pluralidad de sujetos cooperantes
2. Una actividad determinada
3. Un fin determinado

En materia de Asistencia Legal Mutua, la doctrina ha desarrollado algunos principios aplicables en materia penal, que serán desarrollados brevemente, previo al estudio normativo tanto de las convenciones y tratados internacionales, como de las legislaciones nacionales de cada Estado. Dichos principios base son el de reciprocidad, confianza, doble imputación, proporcionalidad, especialidad y conexión territorial.

- Reciprocidad o principio de ayuda mutua, significa que el Estado requerido brindará la ayuda solicitada y el Estado requirente facilitará por su parte el mismo apoyo, si le es requerido.
- Confianza establece que las solicitudes de información no podrán ir en contra del derecho interno del país requirente, con el fin de que el país requerido precisamente confíe en que lo solicitado está acorde con su derecho interno.
- Doble imputación significa que los Estados no podrán brindar cooperación internacional ante causas penales que no se encuentren tipificadas o establecidas como tales en su ordenamiento jurídico.
- Proporcionalidad indica que lo solicitado debe guardar relación con lo petitionado, de forma tal que exista una justificación adecuada.
- Especialidad establece que la cooperación está dirigida a hechos concretos con peticiones concretas, por lo que la solicitud no puede ser general o sin fines determinados normativamente.
- Conexión territorial es el nexo que debe existir entre los hechos investigados y las pruebas a recabar, en el claro entendido de que la asistencia será ejecutada siempre que el país requerido encuentre una conexión entre los hechos.

Por su parte, la cooperación judicial mutua puede clasificarse en activa y pasiva. La activa es aquella en la que se interviene de forma directa en la recolección de la prueba requerida, es decir, es la que ejecuta el Estado requerido en la ubicación y obtención de la prueba, así como la incautación y aseguramiento de los bienes. La cooperación pasiva es la que ejecuta el Estado requerido cuando autoriza la realización de las diligencias para la obtención de la prueba dentro de su territorio.

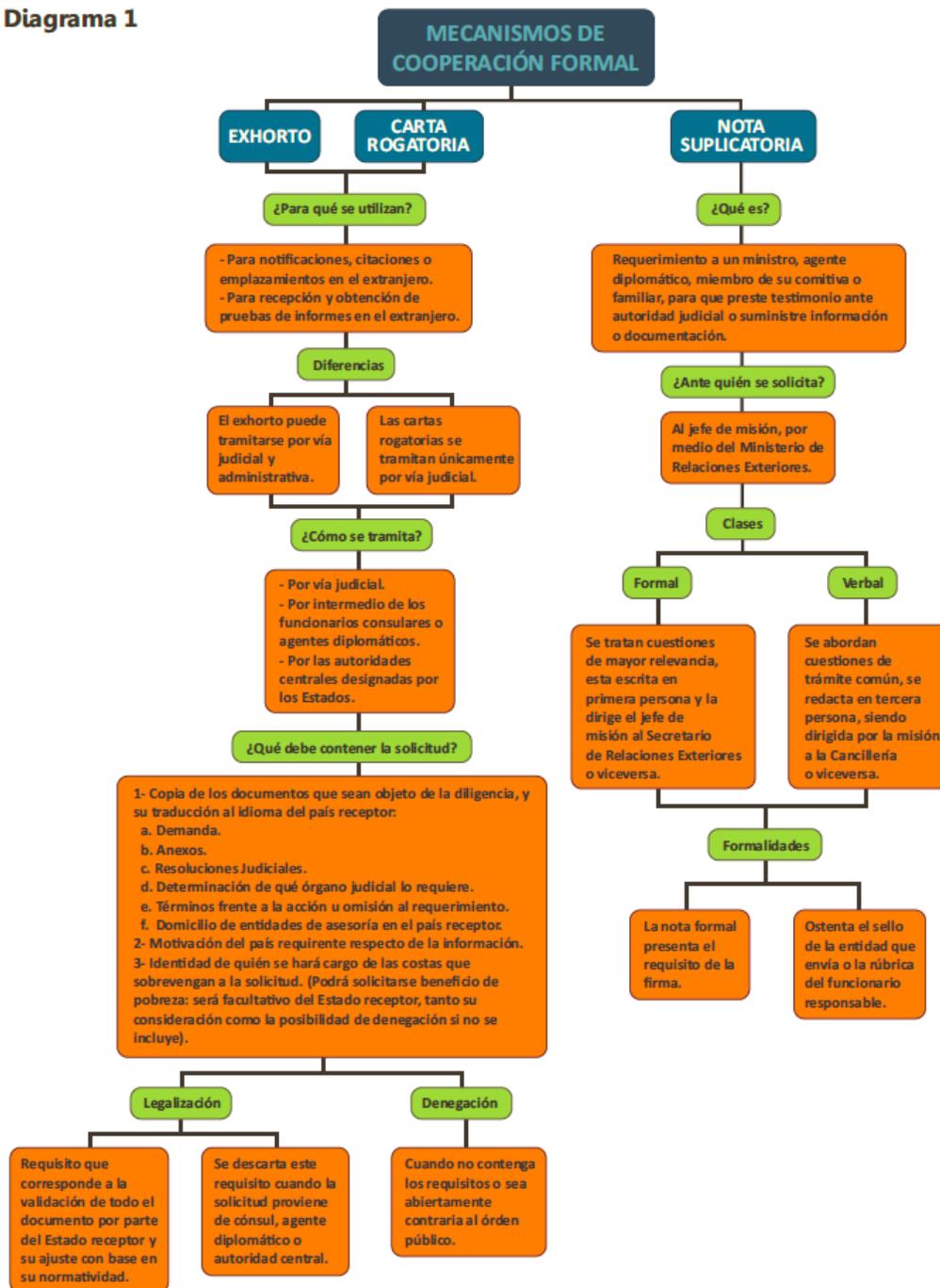
Por su parte, la asistencia en materia penal se clasifica en niveles¹:

- Primer nivel: no produce afectación alguna a derechos y garantías del individuo. Ejemplo: solicitud de documentación pública, el requerimiento de información, la notificación de resoluciones judiciales o la citación a audiencias.
- Segundo nivel: las medidas producen cierta afectación a los derechos y garantías del individuo y podrían afectar su esfera de intimidad. Ejemplo: solicitud de remisión de documentación en poder de particulares, ciertas pericias sobre personas o empresas, citaciones a personas acusadas o el pedido de información personal.
- Tercer nivel: avanzan por encima de los derechos y garantías de las personas. Ejemplos: allanamientos de inmuebles, requisas de las personas, intervención de las comunicaciones telefónicas, embargo, secuestro e incautación de bienes o levantamiento del secreto bancario.

Con efectos ilustrativos y de previo a realizar una revisión general de las Convenciones conducentes en la materia, se ilustra el proceso con la siguiente imagen:

¹Vindas Rojas, Wilson Alejandro. La Obtención de la Prueba Penal en el Extranjero. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, año 2014

Diagrama 1



Fuente: GUÍA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS 2015- Red de Recuperación de Activos de GAFILAT – RRAI Iniciativa StAR Banco Mundial - BM/ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODC

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas - Viena 1988

Como se verá adelante, esta primera convención pretende establecer obligaciones para los Estados en el ámbito procesal. La convención incluye medidas que permitan tanto el decomiso de los bienes del producto derivado de los delitos que tipifica, como de los bienes de valor equivalente. De igual forma, incluye la obligación de adoptar medidas para la identificación, localización, congelamiento, incautación o decomiso de los bienes producto de los delitos.

La convención establece el procedimiento que debe realizarse para solicitar el decomiso del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos. Inicia con la solicitud de decomiso, el Estado recibe la solicitud y adoptará las medidas para la identificación, detección y embargo preventivo o la incautación de lo solicitado, que se proyecta para decomiso por la parte requirente o por la parte requerida. De acuerdo con los principios supra indicados, el Estado requerido actuará conforme su derecho interno.

“Artículo 5

DECOMISO

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
 - a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;
 - b) De estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.
2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.
3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.
4. a) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros de los elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:

- i) Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o
 - ii) Presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente de conformidad con el párrafo I del presente artículo, en lo que se refiera al producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 que se encuentren en el territorio de la Parte requerida.
- b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente por respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene, ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso a) del presente párrafo, por la Parte requerida.
- c) Las decisiones o medidas previstas en los incisos a) y b) del presente párrafo serán adoptadas por la Parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones, y de conformidad con sus reglas de procedimiento o los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que haya concertado con la Parte requirente.
- d) Será aplicable, mutatis mutandis, lo dispuesto en los párrafos 6 a 19 del artículo 7. Además de la información enumerada en el párrafo 10 del artículo 7, las solicitudes formuladas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:
- i) En el caso de una solicitud correspondiente al apartado i) del inciso a) del presente párrafo, una descripción de los bienes por decomisar y una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente que sea suficiente para que la Parte requerida pueda tramitar el mandamiento con arreglo a su derecho interno;
 - ii) En el caso de una solicitud correspondiente al apartado ii) del inciso a), una copia admisible en derecho de un mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente que sirva de fundamento a la solicitud, una exposición de los hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución del mandamiento;
 - iii) En el caso de una solicitud correspondiente al inciso b), una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.
- e) Cada una de las Partes proporcionará al Secretario General el texto de cualesquiera de sus leyes y reglamentos por los que haya dado aplicación al presente párrafo, así como el texto de cualquier cambio ulterior que se efectúe en dichas leyes y reglamentos.
- f) Si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente.
- g) Las Partes procuraran concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo.

5. a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 ó 4 del presente artículo dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concretar acuerdos a fin de:

i) Aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los costos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;

ii) Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los costos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

6.a) ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

i) Del producto;

ii) De los bienes con los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) De los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera

y en la misma medida que al producto.

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes, y con arreglo a lo dispuesto en el".

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

En esta convención se establecen procedimientos para la cooperación internacional que permita rastrear y recuperar activos, el aseguramiento de los bienes en el extranjero, pero también incluye la restitución al Estado del cual fueron sustraídos por la comisión de delitos de corrupción.

También incluye la doble incriminación para prestar asistencia, sin embargo, también deja a discreción de los Estados brindarla, a pesar de que la conducta no esté tipificada como delito (artículo 18, párrafo 9).

“Artículo 13. Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. Además de la información indicada 14 en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o

en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de esta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte consideraran la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo”.

“Artículo 14. Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. (...)”

“Artículo 18. Asistencia judicial recíproca

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
- g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
- i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

-

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

-

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible”.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

El régimen que promueve la Convención se organiza en torno al concepto de decomiso tanto de los bienes producto del delito, como de los instrumentos utilizados o destinados a la comisión de los delitos.

“Artículo 31. Embargo preventivo, incautación y decomiso

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
- b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, estos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello

sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a este.

Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal.

Esta Convención contiene disposiciones sobre bienes en los artículos 5, 7, 13, 14 y 15:

“Artículo 5. Doble incriminación. La asistencia se prestará aunque el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido.

Cuando la solicitud de asistencia se refiera a las siguientes medidas: a) embargo y secuestro de bienes; y b) inspecciones e incautaciones, incluidos registros domiciliarios y allanamientos, el Estado requerido podrá no prestar la asistencia si el hecho que origina la solicitud no fuera punible conforme a su ley”.

“Artículo 7. Ámbito de aplicación. La asistencia prevista en esta Convención comprenderá, entre otros, los siguientes actos: (...)

d. Práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación”

“Artículo 13. Registro, embargo, secuestro y entrega de objetos. El Estado requerido cumplirá la solicitud relativa a registro, embargo, secuestro y entrega de cualquier objeto, comprendido, entre otros, documentos, antecedentes o efectos, si la autoridad competente determina que la solicitud contiene la información que justifique la medida propuesta. Dicha medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido.

Conforme a lo previsto en la presente Convención, el Estado requerido determinará según su ley cualquier requerimiento necesario para proteger los intereses de terceros sobre los objetos que hayan de ser trasladados”.

“Artículo 14. Medidas de aseguramiento de bienes. La Autoridad Central de una de las Partes podrá comunicar a la Autoridad Central de la otra Parte la información que posea sobre la existencia en el territorio de esta última, de los ingresos, frutos o instrumentos de un delito”.

“Artículo 15. Las Partes se prestarán 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”.

“Artículo 26. Las solicitudes de asistencia deberán contener las siguientes indicaciones:

- a. Delito a que se refiere el procedimiento y descripción sumaria de los hechos constitutivos del mismo, investigación o juicio penal de que se trate y descripción de los hechos a que se refiere la solicitud;
- b. Acto que origina la solicitud de asistencia con una descripción precisa del mismo;
- c. Cuando sea pertinente, la descripción de cualquier procedimiento u otros requisitos especiales del Estado requirente;
- d. Descripción precisa de la asistencia que se solicita y toda la información necesaria para el cumplimiento de la solicitud”.

Cooperación informal

Se definen como mecanismos para la cooperación penal informal aquellos que, para su utilización no requieren del ejercicio de ninguna formalidad como exhortos o cartas rogatorias, sino que son el producto de la cooperación de las diferentes agencias de los países. Puede ser ejercida directamente, a través de solicitudes a las agencias o en el marco de agrupaciones internacionales. Como ejemplo podemos citar:

Profesionales contraparte: Se contemplan en este grupo a los funcionarios de las agencias de policía, fiscalía o magistrados investigadores. En algunos casos existen figuras como los magistrados de enlace y los agregados de interior ubicados en el extranjero en embajadas o en consulados, a través de los cuales se facilita el trámite de solicitudes de asistencia informal.

Unidades de Inteligencia Financiera: La asistencia que ofrecen varía, según su clase (administrativa o judicial), pero en general comparten información de inteligencia financiera con sus homólogas.

Autoridades reguladoras del sector financiero, de valores y de la empresa. Esta cooperación se limita a lo previsto en memorandos de entendimiento e incluso pueden existir restricciones en el intercambio con fines policiales.

Es de resaltar que la información obtenida no puede utilizarse de manera directa dentro de un procedimiento judicial, por lo cual se hace necesario que, en caso de encontrarse información valiosa, se deberá acudir a los canales de cooperación formal para que pueda ser utilizada como prueba dentro de un proceso judicial.

ESTUDIO NORMATIVO DE LOS ESTADOS

COLOMBIA

La legislación colombiana tiene dos mecanismos principales para perseguir los activos producidos por la criminalidad. La extinción del dominio y el comiso.

El comiso como figura jurídica se encuentra reglamentada en el artículo 100 del Código Penal y de los artículos 82 a 101 del Código de Procedimiento Penal. En el marco del proceso penal, el fiscal, al realizar la solicitud de comiso sobre los bienes objeto de la medida, puede solicitar al Juez de Control de Garantías, la imposición de medidas cautelares como el embargo y el secuestro, así como una prohibición de enajenar por un término de seis (06) meses.

Por su parte, la extinción de dominio tiene un régimen jurídico más complejo. Se encuentra regulada a través de un Código, expedido con la Ley 1708 de 2014 y modificado por la Ley 1849 de 2017. Este régimen jurídico, permite la imposición de varias medidas cautelares, tanto sobre bienes, como sobre personas jurídicas o establecimientos de comercio. El Código de Extinción de Dominio comporta varios mecanismos que fomentan el uso de la cooperación internacional en el marco de la acción de extinción de dominio en sus artículos 203 a 214.

Para el caso de la extinción de dominio, a diferencia de lo que pasa dentro del proceso penal, las medidas cautelares son ordenadas por un fiscal.

Cuando se trata de bienes que puedan estar en el extranjero, tanto en el caso del comiso, como de la extinción de dominio la orden judicial mediante la cual se decretan medidas cautelares sobre bienes ilícitos en el extranjero, deben utilizarse los métodos de cooperación internacional formal para hacer que estas medidas puedan ser aplicables en el extranjero.

Esta situación plantea un inconveniente para el caso de las medidas cautelares dictadas dentro del proceso de extinción de dominio, puesto que, como ya se mencionó, estas medidas las dicta la Fiscalía General de la Nación. En Colombia, la Fiscalía General de la Nación es una autoridad judicial, no obstante, esto no opera igual en otros estados.

Esta situación genera un impacto en cuanto a la aceptación y la convalidación de la decisión por parte del juez extranjero puesto que, para éste, es contrario al principio de legalidad que se ratifique una decisión que no es proferida por un juez. Esto puede considerarse como una traba, o un impedimento para la aplicación de estas medidas en el extranjero.

La imposición de medidas cautelares no se deja simple y llanamente en las manos del fiscal. El artículo 87 del Código de Extinción de Dominio establece un control de legalidad a dichas medida que realizará un juez de la república. El artículo 111 establece:

Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del

Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.

Así las cosas, para las medidas cautelares sobre bienes en el extranjero que se dicten en el marco de procesos de extinción de dominio en Colombia deberá realizarse un control de legalidad previo al requerimiento internacional, con el fin de que el Juez de Extinción de dominio que conozca de éste, imparta su legalidad y esta diligencia judicial pueda ser llevada a cabo a través de uno de los métodos de cooperación formal.

Con la reforma realizada a través de la Ley 1849 de 2020, se creó el artículo 208 A, el cual estableció que:

La Fiscalía General de la Nación podrá solicitar a la autoridad competente del país cooperante la ejecución de las medidas cautelares sobre bienes objeto de extinción de dominio que se encuentren en el exterior. Estas medidas serán sometidas al control de legalidad correspondiente ante los jueces de extinción de dominio para su plena eficacia en el país extranjero. En lo pertinente se aplicarán las reglas de cooperación judicial contenidas en esta ley.

Este es el procedimiento establecido para cuando el Estado colombiano realiza una solicitud de cooperación internacional.

En caso de que se presente la situación inversa, es decir, que un país extranjero solicite la aplicación de su medida cautelar sobre un bien en Colombia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 208 del Código de Extinción de Dominio, y a tal virtud podrá el fiscal, con base en esa solicitud, imponer las medidas cautelares necesarias:

Artículo 208. Asistencia y cooperación internacional. Con el fin de atender solicitudes de asistencia judicial internacional en materia de bienes ilícitos pretendidos por otros Estados y que se encuentre en el territorio nacional, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá adoptar medidas cautelares sobre bienes o disponer los actos de investigación que sean requeridos, para lo cual la solicitud de asistencia judicial internacional se tendrá como motivación suficiente y sustento razonable de las respectivas órdenes.

El requerimiento de la autoridad extranjera se ejecutará en el menor tiempo posible, aun cuando en ella se requiera la observancia de requisitos o procedimientos no contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano, siempre y cuando estos no estén en contravía de los derechos y garantías fundamentales o de las excepciones contempladas en los instrumentos de cooperación judicial internacional que se invoquen para tal efecto.

MÉXICO

México cuenta con diversos códigos que hacen parte del mismo modelo de proceso penal, existiendo elementos comunes respecto a la aplicación de las medidas cautelares en la legislación mexicana, ya sea de tipo federal y local.

El Código Nacional de Procedimientos Penales Federales, en su artículo 153 establece las reglas generales sobre las medidas cautelares, así:

“Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

Corresponderá a las autoridades competentes de la Federación y de las entidades federativas, para medidas cautelares, vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido”.

En el mismo texto normativo, señala la procedencia de las medidas cautelares y se realiza la descripción de los tipos de medidas que existen, sin hacerse una distinción entre las medidas de tipo personal y real.

La legislación actual establece como única finalidad de las medidas cautelares, asegurar el pago a toda costa de la reparación del daño, apartándose de lo consagrado originalmente en de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - CPEUM, en donde no se concebía la posibilidad de las cautelares reales.

Asimismo, la Ley Federal de Extinción de Dominio, que reglamenta el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en su Capítulo Segundo, la aplicación de medidas cautelares dentro del proceso penal, teniendo como finalidad la conservación de los bienes materia de la acción de extinción de dominio.

En cuanto al procedimiento, el Juez a solicitud del Ministerio Público podrá imponer las medidas cautelares de aseguramiento de bienes y el embargo precautorio, éstas quedarán anotadas en el registro público que corresponda. El servicio de Administración y Enajenación de Bienes deberá ser notificado del otorgamiento de toda medida que recaiga sobre el bien o del levantamiento de esta.

Estos bienes sujetos de medida cautelar no podrán ser transmisibles ni por herencia ni legado durante la vigencia de la medida. El Ministerio Público, podrá solicitar ampliación de las medidas respecto de los bienes sobre los que ya se haya ejercitado la acción, y sobre los que no se haya solicitado en un principio.

El demandado no podrá ofrecer ningún tipo de garantía para acceder al levantamiento de la medida cautelar.

Sobre estos bienes objeto de la medida cautelar, que previamente hayan sido secuestrados, embargados o asegurados, previo al trámite de extinción de dominio, se notificará a la autoridad competente. En caso de que estas medidas sean levantadas, subsistirán las medidas cautelares ordenadas por el Juez de extinción de dominio, modificando las condiciones de custodia, priorizando su conservación.

Los bienes sobre los que recaiga la medida cautelar serán transferidos conforme a la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público a efecto de que se disponga de los mismos en términos de dicha ley, teniendo como entidad transferente al Juez que haya impuesto la medida cautelar.

Leyes que autorizan el Decomiso:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1º de mayo 1917.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, 5 de marzo de 2014, con vigencia nacional a partir del 18 de junio de 2016.
- Código Penal Federal, 17 septiembre 1931.

Leyes que autorizan el Decomiso sin condena:

- Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir del 29 de agosto de 2009.

En materia de cooperación internacional en materia penal, la normativa mexicana no comporta disposiciones específicas acerca de la cooperación internacional, razón por la cual la cooperación judicial en materia penal desarrollada por México se realiza de manera directa a través de los instrumentos internacionales suscritos por este país.

PARAGUAY

Mediante Ley 1286 de 1998, se promulgó el Código Procesal Penal Paraguayo, en donde se estableció que las medidas cautelares, dentro del proceso penal, serían de carácter personal o real, siendo estas últimas las previstas expresamente en el Código Procesal Civil, e impuestas únicamente en los casos señalados en ese código o en leyes especiales.

El título III del código en mención, señala la aplicación de medidas cautelares de carácter real dentro de los procesos penales, estas medidas deberán ser acordadas por el Juez penal, a petición de parte, para garantizar la reparación del daño.

En lo concerniente al trámite y resolución, las medidas cautelares se rigen por lo dispuesto en la Ley 1337 - Código Procesal Civil. En el artículo 691 del Código Procesal Civil, establece: "*Oportunidad. Las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta deba entablarse previamente*".

Y en el artículo 692 C.P.C., consagra que las *facultades del juez*: "*El juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia y naturaleza del derecho que se intentare proteger*".

Los presupuestos exigidos para la procedencia de una medida cautelar se encuentran establecidos en el artículo 693 del Código Procesal Civil Paraguayo:

"Presupuestos genéricos de las medidas cautelares. Quien solicite una medida cautelar deberá, según la naturaleza de ella:

- a) acreditar prima facie la verosimilitud del derecho que invoca;*
- b) acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso;*
- c) Otorgar contra cautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho, salvo aquellos casos en que no se la requiera por la naturaleza de la medida solicitada".*

Asimismo, del carácter accesorio que tienen las medidas cautelares con respecto al proceso principal, deriva la regla contenida en el artículo 18 del Código de Organización Judicial que establece la competencia del juez que debe conocer y decidir en el juicio principal.

Es importante resaltar que el Código Procesal Penal Paraguayo, en el artículo 245 sobre medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva refiere en su inciso 7) la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas...". De esta manera, mediante la coercibilidad el Estado a través de la jurisdicción, también realiza una actividad preventiva enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro.

Leyes que autorizan el Decomiso:

- Ley N° 1160 Código Penal Paraguayo, 1997.
- Ley N°1881 Que modifica la Ley 1340/88 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, 2002.
- Ley N° 2422 Código Aduanero, 2004
- Ley N° 4036 De armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones, explosivos, accesorios y afines, 2010.
- Ley N° 4575 Que establece procedimiento especial para la aplicación de la orden posterior y orden autónoma de comiso, 2011.

Ley que autoriza el Decomiso sin condena:

- Ley N° 1160 Código Penal Paraguayo, 1997, artículo 96 modificado por Ley No. 3440 del 2008 COMISO AUTÓNOMO (PENAL).

EL SALVADOR

Las medidas cautelares reales, están destinadas a asegurar las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal; en el Salvador son las mismas que las de los procesos civiles, cuya regulación está

consagrada en el artículo 305 del Código Procesal Penal Salvadoreño, entre ellas se incluye la fianza, cauciones, embargos, depósitos y los precintos.

Estas medidas afectan el patrimonio del acusado, restringiéndole la disposición de los bienes (objetos materiales, muebles o inmuebles). En materia penal, estas medidas cautelares reales recaen sobre todos los bienes que tengan relación con el delito, su función no es sino la de aseguramiento y conservación apreciadas con posterioridad por el órgano judicial competente para el conocimiento y fallo.

El Código Procesal Penal Salvadoreño, consagra en el Capítulo VIII, los principios generales sobre las medidas cautelares aplicadas en el proceso penal, dichas medidas serán impuestas mediante resolución judicial fundada y durarán solo por el tiempo imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

El artículo 305 de la norma en mención, establece que las medidas cautelares de tipo patrimonial o real serán acordadas por el Juez, a petición de parte, y su trámite y resolución se regirá por el Código de Procesal Civil.

En dicha normativa encontramos el procedimiento de ciertas medidas cautelares de carácter patrimonial, a parte de la que contempla su ley sustantiva; tal es el caso del secuestro preventivo de bienes (desde el artículo 142 al 155 del Código Procesal Civil).

Dicha institución jurídica la encontramos en el artículo 142, el cual establece los requisitos de fondo que deben observarse para su aplicación, y que reza de la siguiente forma:

“Puede también preceder al juicio el secuestro de bienes muebles o inmuebles a petición de parte, en los casos siguientes:

- 1.- Cuando reivindicándose una cosa corporal hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor;
- 2.- Cuando el deudor pretenda sustraer o enajenar el todo o la mayor parte de sus bienes;
- 3.- Cuando sea extranjero no domiciliado en el país;
- 4.- En el caso del artículo 905 C...”.

El artículo 144 establece ciertas exigencias para poder decretar el secuestro, como la acreditación por parte del solicitante, del derecho que tiene para gestionarla, demostrando el peligro en la demora, la apariencia del derecho; además debe expresarse el valor de la demanda que entablara o el de la cosa que reclama, con toda precisión (artículo 145 Código Procesal Civil).

Asimismo, El Salvador cuenta con la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los bienes de Origen o Destinación Ilícita, en donde se consagra en el Capítulo V, la aplicación de las medidas cautelares, así:

“Art. 23.- Sobre los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio se podrán decretar las medidas cautelares contenidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, bajo las reglas y condiciones establecidas en el mismo, con las modificaciones establecidas en la presente Ley.

Las medidas cautelares se ejecutarán independientemente de quien sea el titular del bien. No se exigirá caución al fiscal especializado para solicitar o disponer medidas cautelares.

Si se han decretado medidas cautelares en la fase de investigación, el fiscal especializado deberá presentar la solicitud de inicio de la acción de extinción de dominio o decretar el archivo según corresponda, en un plazo máximo de 90 días, bajo pena de levantarse la medida, para evitar afectar derechos de terceros de buena fe exenta de culpa. Lo anterior sin perjuicio de las medidas disciplinarias y las acciones penales a que hubiere lugar”.

Leyes que autorizan el Decomiso:

- Código Penal 20 de abril de 1998.
- Código Procesal Penal, 1 de noviembre de 2010.
- Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, 15 de noviembre de 2003.
- Ley Especial contra Actos de Terrorismo, 16 de octubre de 2006.

Ley que autoriza el Decomiso sin condena:

- Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, 28 de diciembre de 2013.

BRASIL

En Brasil, la incautación de bienes está regulada por el Código de Procedimiento Penal en los artículos 125 y siguientes (de las medidas de seguro), así como por la Ley de Lavado de Activos (Ley 9.613 / 98) y la Ley Antidrogas (Ley 11.343 / 2006).

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, el bloqueo de los activos adquiridos por el acusado con el producto de la infracción será aplicable, incluso si ya han sido transferidos a un tercero. Para el decreto del bloqueo, la existencia de pruebas sumaria sobre la procedencia ilícita de los bienes será suficiente. El juez, de oficio, a solicitud de la Fiscalía o la víctima, o por representación de la autoridad policial, puede ordenar el secuestro, en cualquier etapa del proceso o incluso antes de que se presente la denuncia o la queja.

Específicamente, la Ley de Lavado establece que "*El juez, previa solicitud, a pedido de la Fiscalía, o la representación de la autoridad policial, después de escuchar a la Fiscalía dentro de las veinticuatro horas, si hay evidencia suficiente, puede decretar, en el curso de la investigación o acción penal, la incautación o secuestro de bienes, derechos o valores del acusado, o existentes en su nombre, objeto de los delitos previstos en esta Ley, procediendo en la forma de los artículos 125 a 144 del Decreto-Ley N ° 3.689, de 3 Octubre de 1941 - Código de Procedimiento Penal*".

Una vez que la sentencia condenatoria se haya convertido, en definitiva, el juez, de oficio la petición de la parte interesada determinará la valoración y venta de los bienes en una subasta pública. Lo que no se ajuste a la parte lesionada o a un tercero de buena fe se recaudará del Tesoro Nacional.

La jurisprudencia también ha admitido, como una derivación del poder general de precaución del Juez, y la aplicación análoga de una disposición similar existente en la Ley de Drogas, venta anticipada, es decir, antes de que la Sentencia sea final, la sentencia es condenatoria, pero queda, sin embargo, el importe obtenido depositado, en una cuenta remunerada, a disposición del Tribunal, hasta el final del proceso.

En el caso de los activos cuya pérdida se determinó debido a una solicitud de cooperación internacional, la mayoría de los tratados de cooperación en los que Brasil es parte no regulan expresamente el intercambio de activos. Sin embargo, la Ley Nacional de Lavagem (9.613 / 1998) estipula, en el artículo 8, que, en ausencia de un tratado o convención, los bienes, derechos o valores incautados o secuestrados a petición de una autoridad extranjera competente o los recursos de su enajenación se dividirá entre el Estado requirente y Brasil, en la proporción de la mitad, sujeto al derecho de la parte perjudicada o de un tercero de buena fe.

Se tendrán en cuenta las pruebas que demuestren la procedencia criminal de los bienes, es decir, que fueron objeto de un delito o adquiridos con un producto de la actividad criminal.

En cuanto al procedimiento para el decreto del bloqueo, la existencia de pruebas contundentes de la procedencia penal de los bienes será suficiente. El juez, de oficio, a solicitud de la Fiscalía o la víctima, o por representación de la autoridad policial, puede ordenar el secuestro, en cualquier etapa del proceso o incluso antes de que se presente la queja.

El secuestro tendrá lugar en un apartado de correos y permitirá embargos de terceros.

Por otra parte, la solicitud de asistencia jurídica internacional destinada al bloqueo de activos en Brasil debe ir acompañada de una narración detallada de los hechos que dieron lugar, para que la necesidad de llevar a cabo la medida permanezca clara, así como su adecuación con el sistema legal brasileño. En este sentido, es esencial identificar la propiedad a bloquear, su relación con los delitos investigados, así como las indicaciones de su origen criminal.

Leyes que autorizan el Decomiso:

- Decreto-Ley 3.240 – Lesión al Erario, 8 de mayo de 1941.
- Decreto-Ley 3,689 - Código Procesal Penal, 3 de octubre de 1941.
- Ley 9.613 – Ley Antilavado de Dinero, 3 de marzo de 1998.
- Ley 11.343 – Ley Antidrogas, 23 de agosto de 2006.

Leyes que autorizan el Decomiso sin condena:

- Ley 6.204 – Ley de Intervención y Liquidación extrajudicial de instituciones financieras 13 de marzo de 1974.
- Ley 8.112 – Ley de Procedimientos Disciplinarios Administrativos 11 de diciembre de 1990.
- Ley 8.429 – Ley de Procedimientos Civiles en casos de Improbidad Administrativa 2 de junio de 1992.
- Ley 8.443 – Ley de Ejecución de decisiones en la Evaluación Especial de Cuentas Públicas 16 de julio de 1992.

- Ley 12.846 – Ley de la Responsabilidad Administrativa y Civil de las Personas Jurídicas por Actos contra la Administración Pública 1 de agosto de 2013.
- Ley 13.105 – Código Procesal Civil 16 de marzo de 2015.

Forma especial de decomiso diferente:

Código Procesal Penal artículo 366 Suspensión del proceso penal por ausencia: se remite el expediente al Juez Civil para Juicio de Ausentes.

CHILE

En cuanto al país austral, el mecanismo jurídico que está establecido como medio para la perseguir activos que sean productos de la criminalidad organizada es el Comiso. En los últimos años se han realizado intentos para establecer una ley de extinción de dominio, sin embargo, no han sido fructíferos. Las principales normas en donde se encuentra regulado el Comiso son: Código Penal, Ley de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas, Código Procesal Penal, Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Código de Procedimiento Civil y la Ley por medio de la cual se crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

Las medidas cautelares específicas que pueden ser impuestas por un juez a bienes ilícitos se encuentran establecidas en el Código de Procedimiento Civil, mientras que el marco de la cooperación internacional para su aplicación se encuentra en la Ley que crea la Unidad de Análisis Financiero. En el siguiente cuadro se relaciona la principal normatividad a tener en cuenta:

Norma	Contenido reglamentario
Constitución Política de la República de Chile	Art. 19: Numeral 7° (...) literal g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes , sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas .
Código Penal	<p>Art. 21: Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente: (...) Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.</p> <p>Art. 31: Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos de que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.</p> <p>Art. 251: Los bienes recibidos (por cohecho) por el empleado público caerán siempre en comiso.</p> <p>Art. 251 bis: El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de</p>

	<p>cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofriere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.</p> <p>Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso.</p>
<p>Ley 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas</p>	<p>Art. 13: (...)2 Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar estas especies, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero equivalente a su valor.</p> <p>Asimismo, en todos los casos, se decomisarán los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito.</p> <p>Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.</p> <p>Sin embargo, no podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición.</p>
<p>Ley 19.696: Código Procesal Penal</p>	<p>Art. 157: Procedencia de las medidas cautelares reales. Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60. Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas.</p>
<p>Ley 20.000, que sustituyó la Ley 19.366, sanciona el tráfico ilícito de</p>	<p>Art. 27: El Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía que decrete las siguientes medidas cautelares, sin comunicación previa al afectado, antes de la formalización de la investigación:</p> <p>...</p>

<p>estupefacientes y sustancias sicotrópicas</p>	<p>b) ordenar cualquiera medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia de la investigación. Para estos efectos, y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.</p> <p>También con la autorización del juez de garantía, otorgada de conformidad al artículo 236 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público podrá, sin comunicación previa al afectado, recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia pudiere resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla. Se aplicará, al efecto, lo dispuesto en los artículos 216 y 221 del Código Procesal Penal.</p>
<p>Ley 19.913, Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos</p>	<p>Art. 32: En la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de la presente ley, el Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía que decrete cualquier medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia del proceso. Para estos efectos y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures; y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual.</p> <p>Art. 33: Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:</p> <p>a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes</p>

requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; protección de las personas que hayan colaborado con la investigación, incluyendo el resguardo de su identidad e imagen, cambio de identidad, secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos como medida de protección cuando exista riesgo para su seguridad, sanciones en caso de infracción, y posibilidad de prestar testimonio de manera anticipada; (...)

c) **Medidas cautelares e incautaciones: posibilidad de disponer medidas cautelares sin comunicación previa al afectado**, objetos susceptibles de incautación y comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos, y

d) Juzgamiento y cumplimiento de la sentencia: circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, como agravantes especiales, improcedencia de la atenuante del artículo 11, Nº 7, del Código Penal, procedencia de la cooperación eficaz como atenuante; reglas sobre consumación del delito y punibilidad de la conspiración; improcedencia de la reclusión nocturna y libertad vigilada; sustitución de la pena de multa por una privativa de libertad; determinación de la reincidencia; procedencia del comiso, alcance de éste y destino de los bienes decomisados; **extradición en ausencia de reciprocidad o tratado y cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado.**

Art. 37: Durante la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de esta ley, en aquellos casos en que como consecuencia de actos u omisiones del imputado no pudiera decretarse la incautación o alguna medida cautelar real sobre los bienes que sean objeto o producto de los mismos, **el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá decretar, a solicitud del fiscal y mediante resolución fundada, la incautación o alguna de las medidas cautelares reales establecidas en la ley**, sobre otros bienes que sean de propiedad del imputado por un valor equivalente a aquel relacionado con los delitos, con excepción de aquellos que declara inembargables el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, ante una solicitud de autoridad competente extranjera, realizada en virtud de un requerimiento de asistencia penal internacional por alguno de los delitos señalados en el inciso anterior, se podrá decretar, en los mismos términos expresados en el inciso precedente, la incautación o medidas cautelares reales de bienes por un valor equivalente a aquellos relacionados con el delito investigado. En el evento de dictarse sentencia condenatoria, y no habiéndose incautado o cautelado bienes relacionados con el delito sino sólo aquellos de un valor equivalente, el tribunal con competencia en lo penal que corresponda podrá, en la misma sentencia, decretar el

	<p>comiso de aquellos bienes incautados o cautelados de conformidad a lo establecido en el inciso primero.</p>
<p>Ley 1552: Código de procedimiento Civil</p>	<p>Título V DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS VER NOTA 18</p> <p>Art. 290 (280): Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas: 1a. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2a. El nombramiento de uno o más interventores; 3a. La retención de bienes determinados; y 4a. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.</p> <p>Art. 295 (285): La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley. Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos VER NOTA 22 se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores.</p> <p>Art. 296 (286): La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4° del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos.</p> <p>Art. 297 (287): Cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros. Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude, si ha procedido a sabiendas.</p> <p>Art. 298 (288): Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.</p> <p>Art. 299 (289): En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este Título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así</p>

	<p>decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al artículo 280.</p> <p>Art. 300 (290): Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes.</p> <p>Art. 301 (291): Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes.</p> <p>Art. 302 (292): El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada. Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados. La notificación a que se refiere este artículo.</p>
--	---

Estados Unidos

El sistema aplicado por Estados Unidos, se desarrolla todo su procedimiento de congelamiento o confiscación de bienes a través del Departamento de Justicia. De esta manera, el sistema normativo respecto del decomiso en sus diferentes modalidades se dispone así:

- Constitución de los Estados Unidos (USC), secciones que remontan a 1984. Algunos párrafos de los Capítulos 18 (§ 981, § 982, § 1963, §§ 2253 y 2254; Cap. 21 §§ 853 y 881; Cap. 26 § 5872; y Cap. 31 § 5332 y § 5317.
- Sección 18 (§ 981 – Decomiso sin condena; § 982 – Decomiso penal y sin condena de armas de fuego; §§ 2253 y 2254 - Decomiso penal y sin condena por pornografía infantil), Sección 21 (§§ 853 y 881 – Decomiso penal y sin condena para delito de drogas) Sección 26 (§ 5872 - Decomiso penal y sin condena de armas de fuego) y Sección 31 (§ 5332: Decomiso penal y sin condena para contrabando de dinero; § 5317: Decomiso penal y sin condena para violaciones de reporte y manutención de datos relativos al Acto de Secreto Bancario)
- 15 CFR (Código de Regulaciones Federales), sección 904.504 – Procedimientos de decomiso administrativo.

ORGANISMOS QUE ESTÁN INVOLUCRADOS EN EL PROCESO

“Departamento de Justicia, División Penal, Sección de Lavado de Dinero y Recuperación de Bienes (Money Laundering and Asset Recovery Section, MLARS): Este es el organismo estadounidense litigante número uno en recuperación de activos en lo que concierne cleptocracia; su personal también proporciona asistencia en solicitudes de jurisdicciones extranjeras que requieren información y asistencia en la

recuperación de activos tomados por corrupción y otros crímenes. Instamos a nuestros asociados a primero contactar la MLARS para discutir cómo los Estados Unidos pueden ayudar a obtener evidencia e información tanto formal como informalmente.

Departamento de Justicia, División Penal, Oficina de Asuntos Internacionales (Office of International Affairs, OIA): Esta oficina es la autoridad central para los Estados Unidos, y se encuentra autorizada a recibir y asignar todas las solicitudes formales del MLA (Mutual Legal Assistance) para su ejecución. Los gobiernos extranjeros deben enviar todas sus solicitudes formales a la OIA para recibir asistencia de los Estados Unidos. La OIA también debe ser consultada sobre cuál sería la mejor manera de enviar tal solicitud por escrito antes de ser transmitida.

Dirección Federal de Investigaciones (Federal Bureau of Investigation, FBI) y el Departamento de Seguridad Nacional, Investigaciones de Seguridad Nacional (Homeland Security Investigations, HSI): Estos organismos judiciales poseen unidades de investigación altamente especializadas con investigadores financieros asignados específicamente a combatir la corrupción a nivel mundial. Generalmente crean equipos en conjunto con los agentes del Servicio de Impuestos Internos (Internal Revenue Service, IRS) de los Estados Unidos.

En particular, el FBI ha establecido una Unidad de Corrupción Internacional, con sede en Washington, D.C. y agentes apostados en Washington, D.C. y otras ciudades claves en los Estados Unidos. Además, cada uno de estos organismos tiene representantes ubicados en muchas embajadas estadounidenses en todo el mundo, quienes pueden facilitar la asistencia relacionada con investigaciones extranjeras, particularmente al proporcionar asistencia informal directamente y contactando a sus colegas en otros puntos extranjeros y en las oficinas estadounidenses. Los profesionales de otras jurisdicciones pueden contactar a los agentes del FBI o del HSI trabajando en su país a través de las embajadas estadounidenses en los mismos para hacer consultas o discutir sus casos antes de realizar cualquier solicitud formal.”²

Evaluada las disposiciones normativas del país en particular, encontramos dos formas específicas de cooperación o solicitud de asistencia. Encontramos solicitudes formales y solicitudes informales. Respecto de las solicitudes informales que se realizan a través de los canales o medios judiciales tienen como finalidad tratar de generar acceso a información resultante de las fuentes públicas o fuentes abiertas o cuando la recolección de evidencias en las investigaciones ha sido direccionada por medio de técnicas de investigación no coercitivas.

De la otra mano, el Sistema de los Estados Unidos prevé las solicitudes formales, las cuales son necesarias cuando la evidencia se ha obtenido por medios coercitivos o de una manera específica con el fin de asegurar su incorporación probatoria ante los tribunales del segundo país vr.gr. las declaraciones testimoniales, recolección de registros en general, documentos financieros, entre otros. Es necesario indicar que estos procedimientos de orden formal son articulados mediante la solicitud de asistencia legal mutua (Mutual Legal Assistance, MLA) por medio de instrumentos tales como los tratados o acuerdos entre los países.

² Recuperado de: https://star.worldbank.org/sites/star/files/booklet_-_spanish_final.pdf

En este sentido, con el fin de recuperar bienes o ingresos ilegales, la legislación indica que es importante tener en cuenta de manera clara y detallada la identificación del crimen y la evidencia o pruebas a tener en cuenta con el fin de establecer la conducta en particular, así mismo es necesario establecer de manera detallada los activos que pretenden ser confiscados, aunado a su ubicación. Por otra parte, atendiendo a la teoría de la causalidad, se hace necesario revisar la relación que tienen los activos con el delito subyacente y la conducta criminal realizada. Una vez realizado lo anteriormente indicado, es menester incautar los bienes para continuar acto seguido con el proceso de confiscación y finalmente con el proceso de repatriación y disposición de los bienes confiscados.

Naturalmente, consideramos de gran importancia tomar como guía fundamental las referencias en cuanto a la cooperación internacional en la materia dispuesta por estados unidos, veamos:

“A. Solicitudes informales policía-a-policía o fiscal-a-fiscal

1. Comunicación directa con las oficinas de fiscalía o fuerzas públicas:

a. Procedimiento de investigación rutinaria

En ocasiones, un país cuenta con información financiera sobre la ubicación de la propiedad o de otros activos ubicados en los Estados Unidos obtenidos ilegalmente, pero necesitan mayor verificación. Ese país puede realizar una solicitud informal pidiéndole a los Estados Unidos llevar a cabo medidas de investigación de rutina tales como entrevista de testigos, vigilancia visual, y búsqueda en registros públicos, tales como información corporativa o registros de bienes inmobiliarios. Para poder solicitar este tipo de asistencia, contacte la MLARS, utilizando la información de contacto en la parte posterior de esta guía, o el FBI, HSI o IRS en la embajada estadounidense de su jurisdicción. Confirmar la información a través de una solicitud informal suele ser de gran ayuda al momento de preparar y transmitir una solicitud MLA formal para el congelamiento o confiscación, ya que permite evitar demoras causadas por la necesidad de complementar una solicitud formal. Sin embargo, como se explica a continuación, las leyes estadounidenses dificultan que los Estados Unidos proporcionen información concerniente a la existencia de cuentas bancarias, estados de cuentas bancarias o a intercambio de correos electrónicos, con la excepción de procedimientos correspondientes a una solicitud MLA formal.

Preguntas sobre los procedimientos y/o estrategias legales

El contacto avanzado a través de correo electrónico o de teléfono a profesionales jurídicos de la MLARS u la OIA antes de emitir una solicitud MLA formal puede ayudar a resolver obstáculos prácticos o legales en pro de la identificación de activos.

Tal comunicación puede además darle tiempo a los fiscales e investigadores estadounidenses para preparar los documentos apropiados a enviar a tribunales o para tomar otras acciones que puedan facilitar una respuesta para las solicitudes MLA formales. Los funcionarios estadounidenses pueden también tener sugerencias útiles de como mejor proceder al momento de recuperar activos y obtener información necesaria para recuperar activos en los Estados Unidos, lo cual ahorraría tiempo y esfuerzo invaluable a nuestros asociados extranjeros. Algunos detalles útiles que considerar son:

- *Ni los fiscales ni las unidades estadounidenses de información financiera pueden emitir órdenes de congelamiento o incautación; se requiere una orden judicial.*
- *Puede resultar mucho más rápido y eficiente para ambos países si los tribunales de los países solicitantes pueden emitir una orden de incautación o congelamiento o una orden de confiscación bajo condiciones que permitan que un tribunal estadounidense aplique esas órdenes sobre activos en los Estados Unidos. Estas órdenes judiciales extranjeras deben ser transmitidas a través de solicitudes de la MLA. Sin embargo, cuando sea posible, los requisitos específicos bajo el sistema judicial estadounidense para aplicar las órdenes extranjeras deben ser discutidos con la MLARS antes de que tal orden extranjera sea obtenida.*
- *Para obtener órdenes judiciales para llevar a cabo una requisita legal de una propiedad o de una cuenta de correo electrónico, la ley estadounidense requiere de justificación con evidencia más sólida que aquella para otras órdenes coercitivas y debe ser respaldada por evidencia actualizada de actividad criminal relacionada con la propiedad o con las cuentas de correo electrónico. Discutir sobre lo que será necesario para poder llevar a cabo una obtención más rápida de la evidencia o llevar a la conclusión de que una solicitud MLA formal para tal acción coercitiva no será posible. b. Desarrollar relaciones locales con organismos de EE. UU. Si tiene alguna pregunta sobre cómo proceder o en caso de necesitar una mejor clarificación de las leyes y procedimientos en los Estados Unidos, por favor contacte a la MLARS o a oficiales del FBI, HSI o IRS en la embajada estadounidense más cercana. Mientras más detalles sean proporcionados, mayor será la probabilidad de obtener resultados satisfactorios.*

B. Solicitudes formales

1. *La regla general es que las solicitudes MLA formales son necesarias cuando la obtención de información requiera de una medida coercitiva bajo la ley de los Estados Unidos. Esto incluye:*
 - a. *Solicitudes para registros de cuentas bancarias o registros de transferencias bancarias electrónicas;*
 - b. *Solicitudes para registros de empresas o terceras partes cuando la persona o entidad se rehúsa a proporcionar los registros voluntariamente;*
 - c. *Certificados u otros documentos de autenticación con relación a empresas o registros públicos;*
 - d. *Requisita de propiedades, computadoras, u otros dispositivos electrónicos; e. Registros telefónicos, de texto y/o de correo electrónico;*
 - e. *Aplicación de una orden de congelamiento o una orden de confiscación extranjera; y*
 - f. *Para instar u obtener testimonio jurado de una persona que se niega a proporcionarlo voluntariamente.*

1. Bases jurídicas para una solicitud formal

Cuando una jurisdicción extranjera solicita asistencia jurídica formal de los Estados Unidos, ésta debe declarar en la solicitud MLA la base legal bajo la cual tal solicitud está siendo realizada. Generalmente la solicitud MLA está basada bien sea en un tratado bilateral o un tratado de las Naciones Unidas u otro tratado multilateral descrito abajo:

- a. *Tratado de Asistencia Jurídica Recíproca (Mutual Legal Assistance Treaty, MLATT)*

Un MLAT es un tratado bilateral entre dos jurisdicciones que dictamina cómo debe ser realizado un tratado y con cuál propósito. Los Estados Unidos tiene MLATs con casi 100 jurisdicciones². Los MLATs perfilan qué información debe incluirse en la solicitud.

b. Las Naciones Unidas y otras convenciones

Si un país no cuenta con un tratado bilateral con los Estados Unidos o con cualquier otro país que requiera asistencia jurídica, una convención de las Naciones Unidas o regional generalmente puede ser utilizada si tanto el país solicitante como el solicitado han ratificado dicha convención y el conducto está cubierto por la convención. Los requisitos para enviar solicitudes MLA válidas en convenciones por lo general son similares a aquellos descritos abajo, pero cada convención enumerada abajo tiene una sección que describe la información que debe ser incluida en la solicitud MLA.

- *Para delitos de lavado de dinero relacionados a corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (United Nations Convention against Corruption, UNCAC);*
- *Para delitos de lavado de dinero relacionados con delitos de “crimen organizado”—delitos cometidos por tres o más personas que pueden acarrear condenas en prisión de cuatro o más años—, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UNTOC);*
- *Para delitos de lavado de dinero relacionados con delitos por drogas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988);*
- *Para delitos de lavado de dinero relacionados con delitos de terrorismo y delitos de financiamiento de terroristas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Terrorismo y el Financiamiento del Terrorismo;*
y
- *Para un amplio abanico de delitos, pero limitados a jurisdicciones en el hemisferio occidental, la Convención Interamericana sobre Asis³*

Incautar o restringir activos

A. Incautación basada en la aplicación de una orden de restricción o embargo extranjera

1. Bajo la ley de EE. UU., los Estados Unidos pueden, en algunos casos, aplicar una orden de embargo o restricción de un tribunal extranjero. El país solicitante debe proporcionar una solicitud a la OIA del DOJ, preparada bajo el MLAT relevante, una de las convenciones de las UN u otra convención regional, u otro acuerdo formal que valide la asistencia recíproca para confiscación.

2. La solicitud debe incluir:

³ Recuperado de https://star.worldbank.org/sites/star/files/booklet_-_spanish_final.pdf

- a. Un resumen de los hechos del caso, respaldado por evidencia de que un crimen fue cometido, que los activos a ser incautados/congelados en los Estados Unidos provinieron de una conducta criminal, y una base razonable para creer que serán confiscados. Asegúrese de revisar dos veces el MLAT o convención relevante para otros requisitos;
- b. Una copia de la orden de restricción o embargo del tribunal de la jurisdicción solicitante que identifique específicamente los activos a ser incautados en los Estados Unidos, o en su defecto, una orden que declare claramente que restringe todos los activos pertenecientes al acusado. Si la orden restricción no especifica los activos pertenecientes al acusado, debe proporcionar un monto máximo de ingresos criminales que puedan ser confiscados al final del procedimiento extranjero y los montos ya restringidos en la investigación;
- c. Una declaración o explicación de la jurisdicción solicitante de que cumplió con todos los requisitos del respectivo proceso, la cual incluya el procedimiento seguido (o que será seguido si la orden fue ex parte³) para dar aviso de todos los procedimientos a todas las personas con un interés protegido en la propiedad sujeta a confiscación con el tiempo suficiente como para reclamar sus derechos a la misma;
- d. Certificación de que el tribunal extranjero que emite la orden tiene la jurisdicción – la autoridad legal – para emitir tales órdenes; y
- e. Certificación de que no hay evidencia de que la orden haya sido obtenida por fraude.

B. Restricción temporal (congelamiento o incautación) basada en un arresto efectuado o cargo levantado en el extranjero

1. Bajo la ley de EE. UU., los fiscales estadounidenses pueden solicitar que los tribunales estadounidenses ordenen un embargo o restricción temporal de 30 días (renovable) de activos ubicados en los Estados Unidos sujetos a confiscación basados en evidencia de un arresto o cargo en un país extranjero.

Sin embargo, debe haber una base de hechos y jurídica lo suficientemente fuerte como para creer que no tardará en hacerse disponible la información necesaria para congelar y confiscar los activos bajo la ley estadounidense, y no que la confiscación de dichos activos se haga bajo la ley extranjera. Debido a que estas garantías apoyadas por hechos y por la ley deben ser realizadas y mantenidas, esta excepción es pocas veces autorizada en los Estados Unidos.

2. Al intentar conseguir tal restricción, un fiscal estadounidense puede aplicar una orden de confiscación ex parte no mayor de 30 días en un tribunal de la jurisdicción en la cual los bienes se encuentre ubicados, mientras espera por más evidencia que apoye el inicio de un procedimiento de restricción o embargo en ausencia de condena en los tribunales estadounidenses. Esta petición puede requerir una declaración jurada de las autoridades jurídicas del país extranjero y puede requerir de la aparición del declarante en un tribunal estadounidense.

Esta orden de 30 días puede ser extendida en caso de que las autoridades estadounidenses puedan demostrar un “buen motivo” para tal extensión.

3. Basado en la evidencia y en el resumen proporcionado a los Estados Unidos por el país solicitante, el fiscal estadounidense debe demostrar a la corte en los Estados Unidos:

- a. La base para creer que la persona arrestada o acusada ha cometido el(los) crimen(es) subyacente(s);
- b. La naturaleza de los cargos levantados en el extranjero y la base para creer que la persona arrestada o acusada tiene propiedades en los Estados Unidos sujetas a ser confiscadas bajo la ley estadounidense;
- c. Evidencia de que la propiedad a ser restringida es imputable a los ingresos ilegales, o es un medio instrumental, del delito acusado; y
- d. La razón por la que una orden de restricción o embargo es necesaria para preservar la disponibilidad de la propiedad por el periodo de tiempo que es necesaria para obtener la evidencia que será utilizada en apoyo de la eventual confiscación de la propiedad bajo lo dictado por la ley estadounidense.

C. Solicitud para una orden de restricción de activos en EE. UU antes de obtener o emitir un cargo o una orden de restricción en la jurisdicción extranjera.

1. En algunas instancias inusuales, fiscales en los Estados Unidos pueden solicitar una orden de restricción o embargo de los tribunales estadounidenses para poder incautar propiedades en los Estados Unidos, en nombre de un país extranjero, antes de que un presunto acusado en el extranjero sea arrestado o se le hayan levantado cargos. Esto se hace para asegurar que los activos en los Estados Unidos no desaparezcan una vez que el acusado haya sido arrestado y que pueda notificar a otras personas de mover el dinero o deshacerse de la propiedad. La duración de estas órdenes de restricción embargo puede ser muy limitada, y el grado de evidencia requerida puede ser interpretado de manera muy rígida, por lo que se recomienda consultar con OIA y MLARS tan pronto como sea posible para determinar en qué podemos asistirle.

2. El país solicitante debe proporcionar a la OIA bajo el MLAT o convención relevante lo siguiente:

- a. Un resumen de los hechos del caso y cualquier otra información necesaria bajo el tratado o convención específico;
- b. Un affidavit (declaración jurada) de un funcionario extranjero con conocimiento del caso que incluya:
 - La historia de la investigación y las identidades de los sospechosos y sus compañías o negocios;
 - Citas de la ley extranjera y un resumen de los delitos bajo investigación y/o condenados y la autoridad en confiscación para tales delitos;
 - Las fechas de los delitos y una base de hechos para los cargos potenciales;
 - Una descripción de los activos a ser restringidos (con números de cuentas bancarios verificados u otra información de identificación); o una explicación detallada del nexo causal entre los activos específicos a ser restringidos en los Estados Unidos y la conducta criminal del sospechoso; o una explicación detallada de todo nexo entre cualquier sospechoso y cualquier entidad corporativa bajo cuyo nombre puedan encontrarse registrados los activos;

- Las pruebas documentales y otras evidencias que respalden el caso, y cualquier otro elemento que pueda indicar la confiabilidad de tales elementos de convicción;
- La base razonable para creer que los cargos serán levantados en un futuro cercano y que la propiedad será confiscada en el futuro;
- Si los activos identificados son sujetos a confiscación como ingresos, propiedad imputable a ingresos, o como medios instrumentales, o si en cambio un día estarán sujetos a una sentencia basado en su valor (juicio monetario) aun sin una conexión entre los activos y la actividad criminal acusada; y
- Una afirmación de que el “debido proceso”, es decir, el derecho de avisar del procedimiento y la oportunidad de ser escuchados como propietario inocente y tercera parte en el asunto, ha sido o será seguido durante el procedimiento y la investigación.

3. El país solicitante debe proporcionar la suficiente información sobre los estatutos y crímenes de los que se está acusando, de manera que el fiscal estadounidense pueda demostrar al tribunal que aplica para doble posibilidad de decomiso o confiscación. Es decir, que la conducta criminal llevada a cabo en el extranjero subyacente también debe ser reconocida como crimen bajo la ley estadounidense, y que la confiscación estaría disponible si estos mismos actos u omisiones hubieran ocurrido en los Estados Unidos. Además, puede ser necesario que el declarante se presente en un tribunal en los Estados Unidos para proporcionar evidencia al tribunal estadounidense⁴⁵.

COSTA RICA

De conformidad con la Constitución Política del 07 de noviembre de 1949 (artículo 7°), el Estado costarricense cuenta con la posibilidad de suscribir convenios o tratados de carácter internacional, indistintamente de la materia, cuyo rango será superior a las leyes y tendrá plena vigencia desde el momento de su publicación o en el instante en que lo establezcan así las partes.

Derivado de lo anterior, no sólo existe la norma constitucional habilitante de la posibilidad de suscripción de convenios bilaterales y multilaterales, sino también el país cuenta con una serie de normas jurídicas que permiten y facilitan la cooperación judicial con otros países. Los trámites propios de la negociación y ratificación de los acuerdos internacionales aprobados por Costa Rica, es tarea que le corresponde al Gobierno Central, por medio de la Cancillería.

⁴ Tomado de 18 U.S.C. § 983;

⁵ Tomado de 28 U.S.C. § 2467

En cuanto a la asistencia judicial mutua, se pueden mencionar los artículos 705 y siguientes del Código Procesal Civil, que establece el Título sobre Eficacia de sentencias y de laudos extranjeros, mecanismo ideado para prestar asistencia judicial internacional, 65 del Código Procesal Penal, artículo 65 (cooperación internacional), el artículo 8° de la Ley N° 7786 de 30 de abril de 1998 (Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y actividades conexas)[3], reformada por la N° 8204 de 26 de diciembre de 2001 y sobre todo, acuerdos logrados en las diversas reuniones binacionales, tales como las sostenidas con México, Colombia y Chile.

La Ley N° 8204, en su artículo 8 establece en materia de narcotráfico y legitimación de capitales, la forma en que las autoridades nacionales podrán prestar colaboración a las autoridades extranjeras.

Los siguientes instrumentos internacionales cuentan, en sus textos, con una serie de disposiciones tendientes a introducir formas de cooperación y capacitación entre naciones, en armonía con sus ordenamientos jurídicos, estableciendo canales de comunicación para intercambio de información sobre indagaciones, vigilancia de productos, detenciones, etc., creación de equipos conjunto; desarrollo de programas de detección represión de los delitos entre otros:

- Ley N° 4990 del 10 de junio 1972, Convención de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas (1971), en sus artículos 20 y 22.
- Ley N° 7198 del 25 de setiembre 1990, Convención de Las Naciones Unidas Contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en su artículo 9°.
- Ley N° 4544 del 18 de marzo de 1970, Convención Única de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas 1961, enmendada por el Protocolo de Modificación de la Convención Única sobre Estupefacientes, Ley N° 5168 del 8 de enero de 1973, en sus artículos del 9° al 15.
- Ley N° 7567 del 18 de diciembre de 1995, Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
- Tratado Centroamericano de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales.
- Tratado de Asistencia Penal Mutua en Asuntos Penales suscrito por los países centroamericanos.
- Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas.

También se han suscrito una gran cantidad de acuerdos bilaterales con países del área como Guatemala, Colombia, Chile, República Dominicana, Paraguay, México, Jamaica, Estados Unidos de Norteamérica, Panamá, así como con países europeos como España e Italia:

- Ley N° 083 del 07 de febrero de 2001, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito el 7 de octubre de 1998 (Parte IX, De la Cooperación Internacional y Asistencia Judicial).
- Ley N° 7482 del 28 de marzo de 1995, Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de Colombia sobre Prevención, Control, Fiscalización y Represión del uso indebido y Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y Productos Químicos.

- Ley N° 7542 del 14 de setiembre 1995, Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de Chile sobre Prevención, Control, Fiscalización y Represión del uso indebido y Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y Productos Químicos Específicos.
- Decreto Ejecutivo N° 29.529 del 18 de abril 2001, Acuerdo complementario de cooperación entre la República de Costa Rica y el Reino de España en materia de prevención del consumo y control del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Ley N° 7919 del 06 de octubre 1999, Convenio Centroamericano y República Dominicana sobre Drogas y Lavado, Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos, con Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos.
- Ley N° 7922 del 06 de octubre de 1999, Acuerdo de Cooperación para la Lucha contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y Delitos Conexos, entre la República de Costa Rica y la República del Paraguay.
- Ley N° 7995 del 14 de marzo de 2000, Convenio con Perú para Combatir el Uso Indebido, la Producción y el Tráfico Ilícito de Drogas.
- Decreto Ejecutivo N° 19.567 del 05 de febrero de 1990, Acuerdo entre Costa Rica y Los Estados Unidos Mexicanos sobre Cooperación para combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia.
- Ley N° 7469 de 20 de diciembre de 1994, Tratado de Extradición y Asistencia Jurídica Penal con Los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley N° 8216 del 8 de marzo de 2002, Aprobación del Acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de Jamaica para combatir el Narcotráfico y la Farmacodependencia.
- Ley N° 7929 de 6 de octubre de 1999, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de los Estados Unidos de América para la Cooperación para Suprimir el Tráfico.
- Decreto Ejecutivo N° 30.484 del 09 de mayo de 2002, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Panamá en Materia de Intercambio de Información Financiera relacionada con el blanqueo de Capitales.

En materia de cooperación e intercambio de información, como fuera citado en párrafos anteriores, Costa Rica ha suscrito los correspondientes convenios internacionales dispuestos al efecto, y ha procedido en las disposiciones de los textos internacionales, a negociar y ratificar tratados bilaterales y multilaterales que contemplan la instauración de mecanismos de cooperación efectivos, destinados a difundir información y la ejecución de acciones conjuntas para la prevención y erradicación del tráfico ilícito de estupefacientes, drogas y sustancias sicotrópicas, así como la detección y sanción del blanqueo de capitales como productos de tal ilícito.

ANÁLISIS PRÁCTICO DE CASOS

MEDIDAS CAUTELARES PREVENTIVAS TOMADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS HACIA COLOMBIA QUE CONDUJERON AL DECOMISO

El 22 de enero de 2019, los Estados Unidos, a partir de una solicitud formal de asistencia legal recíproca ante de la República de Colombia formulada en virtud de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ("UNCAC"), presentaron una solicitud para hacer cumplir una orden de restricción sobre bienes inmuebles ubicados en Colombia, un condominio y dos plazas de estacionamiento asignadas, ubicadas en Aventura, Florida ("la propiedad"). Los Estados Unidos presentaron la solicitud en el Tribunal de Distrito de Columbia ("la Corte"), como parte del caso No 19-MC-011 (BAH). La conducta delictiva fue la malversación de más de 30 millones de dólares en fondos públicos, caso en que el acusado colombiano se declaró culpable. El 25 de enero de 2019, el Tribunal concedió la moción para hacer cumplir la orden de restricción extranjera, de conformidad con su normativa interna que permite la restricción de la propiedad.

El 17 de marzo de 2020, los Estados Unidos, actuando por una solicitud legal recíproca suplementaria de Colombia, completaron una solicitud para hacer cumplir una sentencia de decomiso sobre la propiedad colombiana. La sentencia de decomiso final había sido emitida el 30 de enero de 2020 por el Circuito Especial de Decomiso del Primer Tribunal Penal de Columbia.

De conformidad con el derecho interno, los Estados Unidos notificaron posteriormente el decomiso a las partes interesadas y publicaron un aviso en los periódicos nacionales y extranjeros pertinentes, de conformidad con la legislación nacional. Ninguna de las partes interesadas presentó ningún reclamo sobre el decomiso.

En consecuencia, el 13 de octubre de 2020, la Corte concedió a los Estados Unidos una moción para el decomiso interno definitivo con el fin de hacer cumplir la sentencia de decomiso definitivo en Colombia (28 United States Code Sections 2467 (c)(1) and (d)(1)). Como parte de la orden final de decomiso, el Tribunal ordenó el decomiso contra la propiedad y todos los derechos, títulos, reclamos e intereses de todas y cada una de las personas o entidades en y para el activo de los Estados Unidos. El U.S. Marshals Service también fue autorizado a pagar gravámenes válidos registrados antes de la fecha de emisión de la orden.

Los Estados Unidos prevén repatriar cualquier cantidad neta restante a Colombia una vez que se paguen todos los gravámenes, se venda la propiedad y se paguen todos los gastos relacionados. Este proceso está en curso.

COMPARTICIÓN BIENES, CASO ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, la legislación federal tasa el grado de compartición de activos de acuerdo con la colaboración que la contraparte ha brindado en la investigación, de acuerdo con los siguientes criterios:

ASISTENCIA IMPORTANTE (40%-50%)

Generalmente incluye asistencias relacionadas con bienes localizados en el país destinatario. Normalmente incluye:

- Cumplimiento de órdenes de restricción y decomiso, y el envío de los activos a los Estados Unidos.
- Congelación de activos, y luego levantar el congelamiento para permitir su retorno voluntario a los Estados Unidos para decomiso.
- Gasto de recursos sustanciales en las agencias extranjeras para ayudar a los EE. UU, incluyendo horas de trabajo cuantificables y verificables.

ASISTENCIA ESENCIAL (50%-80%)

Implica asistencia sobre activos ubicados en el país destinatario, adicionalmente otro tipo de asistencia, por lo general incluye:

- Defensa en reclamo de litigios presentados por los propietarios, demandantes o terceras partes que tratan de impedir los esfuerzos del país receptor para ayudar a EE. UU.
- Congelación de activos y luego levantar el congelamiento y devolverlos a EE. UU; decomiso sin la cooperación de la parte controladora o beneficiario.
- La opción de proceder contra los bienes para permitir que los Estados Unidos los decomise.
- Proporcionar a EE. UU sustancialmente todos los elementos de prueba admisibles necesarios para prevalecer en un decomiso contra bienes ubicados en los Estados Unidos.
- La asistencia del gobierno en el extranjero está involucrada en levantar el congelamiento de los activos y permitir que el banco haga esta operación; a veces los bancos se resisten a esto, lo que quiere decir que el gobierno tiene que litigar con el banco; entonces, este es otro tipo de asistencia.
- También el país en el extranjero puede decomisar los activos, pero también puede decidir no hacerlo y suministrar a los Estados Unidos toda la evidencia para poder ganar el decomiso de propiedades dentro de los Estados Unidos.

ASISTENCIA DE FACILITACIÓN (HASTA 40%)

Normalmente implica asistencia investigativa u operacional con relación a bienes situados en EE. UU o en un tercer país, generalmente ayudando de forma indirecta en el decomiso. Esa asistencia incluye:

- Permitir que el territorio del país receptor sea usado para una operación encubierta conjunta, que conduzca al decomiso de activos;
- Permitir a funcionarios de agencias del cumplimiento de la ley del país receptor, declarar testigos en los procedimientos relacionados con el decomiso de Estados Unidos;
- Asistir en los procesos de notificación u obtención de información o evidencia en el país receptor; por ejemplo, entrevistar a los testigos, obtener documentos, investigar títulos.
- Banco u otros registros financieros o información investigativa que permitan a los Estados Unidos localizar y cuantificar activos decomisables;

- Apoyar los esfuerzos de los Estados Unidos en convencer a los bancos del país receptor para congelar o devolver los activos, o de lo contrario facilitar un decomiso por parte de Estados Unidos;
- Proporcionar información que conduzca al decomiso exitoso por parte de los Estados Unidos.

Las condiciones para que éste proceda son las siguientes:

- 1) Los bienes o activos deben haber sido decomisados finalmente, sin opciones legales de apelación luego de un proceso adelantado por el Departamento de Justicia o por el Fondo de Bienes Decomisados del Departamento del Tesoro.

Los bienes o activos deben ser decomisados, dentro de los procedimientos de los EE. UU, al fondo del Departamento de Justicia o del Tesoro, es decir que hasta que no se agoten todos los procesos de apelación, no se puede compartir el dinero.

- 2) Que el país receptor haya participado en la incautación o decomiso del bien específico a ser compartido, de forma directa o indirecta.

El segundo requerimiento es que el país receptor tiene que haber participado en la incautación o decomiso del bien específico a ser compartido, de forma directa o indirecta. Hay que tener claridad en que el dinero no se le entrega al país con la expectativa de una ayuda futura; el supuesto es que la entrega se hace al país porque efectivamente ayudó en el caso del momento.

- 3) La compartición debe ser aprobada por el Procurador General (para comparticiones del Departamento de Justicia) o por el Secretario de Hacienda (para comparticiones del Departamento del Tesoro), a través de autoridades delegadas.

El tercer requerimiento es que la compartición debe ser aprobada por el fiscal general o por el secretario del tesoro.

- 4) La decisión de compartir debe ser aprobada por el Secretario de Estado a través de autoridades delegadas.

El cuarto requerimiento es que la decisión de compartir debe ser aprobada por el Secretario de Estado o las autoridades delegadas. La razón es obvia, bajo la ley de EE. UU el Departamento de Estado es responsable de las relaciones internacionales.

- 5) Que la compartición sea autorizada por un acuerdo internacional entre Estados Unidos y el país destinatario.

El quinto requerimiento es que la compartición debe ser autorizada o avalada por un acuerdo internacional entre los EE. UU y el país destinatario.

Hay dos opciones: la primera, hacer acuerdos caso por caso, pero particularmente en países en vía de desarrollo la tendencia es hacer un acuerdo de este tipo en 4 o 5 casos, y si tenemos una cooperación en los decomisos, negociaríamos un acuerdo permanente de compartición de activos y bienes. La otra opción es tener un acuerdo permanente de compartición de bienes o activos.

SOLICITUD DE APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES, CASO COLOMBIANO

En el caso de Colombia, luego de la expedición de la Ley 1708 de 2014 se intentó la aplicación de las medidas cautelares dictadas dentro de un proceso de extinción de dominio a unos bienes ubicados en otro estado.

En un primer tiempo se realizó la solicitud de manera directa por la Fiscalía General de la Nación, con todos los requerimientos propios de una Carta Rogatoria. No obstante, al momento de que la solicitud fuera analizada por el juez del Estado en el cual se encontraba el bien, éste la desestimó, al considerar que la orden que había impuesto la medida en había sido emitida por una autoridad diferente a un Juez de la República.

Así las cosas, en la reforma realizada a través de la Ley 1849 de 2017, se incluyó una disposición específica que obliga al fiscal titular del caso de extinción de dominio a someter a control judicial las medidas cautelares que imponga sobre bienes en el extranjero, cuando los identifique, con el fin de que éstas sean homologables, al ser ratificadas por un Juez, resolviendo así el problema que se presentaba anteriormente⁶.

MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS A COSTA RICA EN ASISTENCIA LEGAL MUTUA POR CASO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

En el año 2011, en la tramitación en su país de un proceso por legitimación de capitales, solicitó a Costa Rica asistencia legal mutua. El de la asistencia fue el levantamiento del secreto bancario, el congelamiento de cuentas bancarias y productos financieros, así como el secuestro y registro de un inmueble habitado por el imputado principal, además de la incautación de varios vehículos. La Fiscalía ejecutó las acciones solicitadas, la Unidad de Inteligencia Financiera colaboró con las acciones sobre las cuentas bancarias y verificación de la existencia de otros productos financieros. Los vehículos incautados fueron entregados en depósito judicial a favor de la Unidad de Recuperación de Activos del Instituto Costarricense sobre Drogas, quien desde ese año los tiene bajo su custodia.

De acuerdo con la información recibida por la Fiscalía de Legitimación de Capitales, Estados Unidos dictó sentencia condenatoria. Sin embargo, en ella no hubo pronunciamiento respecto a los bienes y dineros sobre los que fue solicitada la aplicación de medidas cautelares. Desde el año 2016 el gobierno de los Estados Unidos no ha gestionado nada sobre los bienes y dineros, que permanecen bajo custodia de Costa Rica.

⁶ Artículo 208 A. Ley 1708 de 2014, modificada por la Ley 1849 de 2017.

SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE ACTIVOS DE HONDURAS A CHILE.

Como parte de un proceso penal por corrupción, Honduras solicitó a Chile congelamiento, comiso y devolución de aquellos que se encontraran en su país, junto con la formal petición de restitución de activos en virtud de delito perseguido.

Inicialmente, Chile ordenó el congelamiento dentro del proceso de extradición que se inició contra una ciudadana chilena a quien se requería para ser juzgada por su presunta participación en calidad de autora de un delito de lavado de dinero. De acuerdo con su legislación, Chile ordenó el juzgamiento en su país de su ciudadana y rechazó la entrega requerida.

Además de la condena, los tribunales chilenos ordenaron decomiso de los bienes que se encontraban en territorio nacional y se acreditó estaban vinculados al proceso, ordenando, en virtud de la petición de las autoridades hondureñas, su restitución.

En resolución del año 2016, se declaró: “Que, asimismo, se ordena al Consejo de Defensa del Estado, efectuar y/o requerir cada una de las inscripciones que sean pertinentes para que los inmuebles incautados queden a nombre del Fisco, para efectos que la Dirección de Crédito Prendario, pueda proceder a su liquidación en pública subasta. Del mismo modo, se ordena, a esta última institución que el producto de la liquidación de los bienes incautados sea puesto a disposición de la Republica de Honduras, vía transferencia bancaria a la cuenta corriente titular “Embajada de Honduras (...).-“

CONCLUSIONES

“No existe una mejor prueba del progreso de una civilización que la del progreso de la cooperación”. **John Stuart Mill**, filósofo, político y economista inglés

Al analizar transversalmente la cooperación internacional en materia de decomiso o extinción de dominio, nos encontramos con que las disposiciones establecidas para la cooperación internacional en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; contra la Delincuencia Organizada Transnacional; contra la Corrupción; y en la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en material penal, no están totalmente desarrolladas o reglamentadas dentro de los ordenamientos internos de los países analizados.

Varios de los requerimientos de desarrollos normativos establecidos en estos tratados internacionales no han sido realizados por parte de los estados seleccionados como muestra del estudio. Por ejemplo, lo relacionado con la determinación en la ley de los requerimientos necesarios para proteger los intereses de terceros sobre los objetos trasladados (art. 13, Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal); acuerdos para aportar la totalidad o una parte considerable del valor de lo decomisado a organismos intergubernamentales (art. 5, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas); acuerdos para repartirse con otras partes, los productos o bienes decomisados (art. 5); o los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación en materia de decomiso (art. 13, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

De los países analizados, únicamente Estados Unidos, Colombia, Brasil, Costa Rica, Chile y Estados Unidos tienen disposiciones particulares en su ordenamiento interno orientadas a la cooperación internacional en materia de decomiso o extinción de dominio. Brasil en cuanto a la división de los bienes, valores o derechos incautados o secuestrados a petición de una autoridad extranjera, y Chile con relación al decreto de incautación o de medidas cautelares reales sobre bienes.

En todo caso, para aquellos países en los cuales no se encontraron disposiciones particulares en materia de cooperación internacional para el establecimiento de medidas cautelares orientadas al decomiso o a la extinción de dominio, la cooperación judicial internacional se puede realizar de manera directa a través de los instrumentos internacionales que ha suscrito cada país. Todos los países que fueron incluidos en la muestra han ratificado las convenciones de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana que fueron descritas anteriormente.

A pesar de la ausencia de un desarrollo normativo profundo en materia de cooperación internacional, la normativa interna analizada anteriormente es lo suficientemente detallada para que los distintos países de la OEA apliquen de una manera más sencilla las medidas cautelares sobre bienes que se encuentren en el territorio de otros estados, a través de los instrumentos internacionales. Del mismo modo, puede ser utilizado como un insumo por parte de los operadores judiciales en el momento en que necesiten aplicar estas medidas para bienes que se encuentren fuera de su territorio. Sin embargo, para ello se requiere reforzar a las autoridades centrales de cada Estado, con el fin de brindar celeridad a los

procesos de asistencia legal mutua y de recuperación de activos. De acuerdo con la revisión de algunos informes del Mecanismo de Evaluación Multilateral, este refuerzo permitirá a las autoridades centrales un impacto real sobre lo solicitado, lo que implica eficacia y eficiencia.

Sin lugar a duda, es necesario unificar en las legislaciones internas disposiciones que brinden a los Estados la posibilidad del congelamiento de cuentas de manera temporal, como una medida efectiva en el control de lavado de activos, permitiendo que la medida se mantenga en el tiempo, mediante el examen y validación del juez de garantías correspondiente.

Merece especial atención la figura de la compartición de activos decomisados. A través de esta figura, los países pueden acordar compartir los bienes o el producto de la venta de estos, cuando entre ellos contribuyen a la realización de la investigación y al decomiso efectivo de los mismos.

La compartición de bienes entre los Estados cooperantes debe verse como una forma de estimular esa cooperación mutua, ya que permite que, además de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de cooperación, perciban sumas de dinero o bienes con ocasión a esta cooperación. Se sugieren acuerdos bilaterales entre los Estados, que establezcan mecanismos para fortalecer la cooperación, no solo con relación a los bienes o dineros sobre los cuales finalmente se dicten órdenes de decomiso, también sobre el pago de los gastos en que pueda incurrir el Estado requerido con relación al mantenimiento de los bienes mientras están incautados, o con relación a los porcentajes en que podría distribuirse el producto de la venta de los bienes incautados complejos o de difícil mantenimiento, o el monto de la venta de los bienes sobre los cuales se ordene el comiso y lo más conveniente para ambas partes sea su disposición.

Si bien esta figura no funciona para todas las actividades criminales que puedan dar origen al decomiso de bienes, puesto que, para el caso específico de los delitos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, no procede la compartición de activos sino el reintegro total del dinero que haya sido decomisado, resulta interesante la manera en la cual los Estados utilizan la compartición de activos. Sin embargo, aun así, los países pueden considerar en sus acuerdos bilaterales, el reconocimiento al Estado requerido por los gastos en que pueda haber incurrido en la ejecución de las órdenes de embargo, secuestro o incautación de bienes. Para el caso de Estados Unidos, Suiza es el país receptor más grande; con este país han existido más de unas cuarenta veces desde 1988, pero ahora hay 20 tratados de compartición de bienes o activos bilaterales con los EE. UU. Por su parte Brasil prevé en su legislación que la compartición es posible y se hará siempre por la mitad de los bienes que fueren compartidos.

En el año 2005, fruto de una comisión de expertos nombrada en el marco de la evaluación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Organización de las Naciones Unidas, elaboró un modelo de acuerdo en materia de compartición de activos. Se propone al GELAVEX analizar esta figura y poder establecer un Estatuto General de Asistencia Legal Mutua y una Guía de Buenas Prácticas para la Recuperación y Compartición de Activos, ambas hemisféricas, en un próximo estudio. Para el mismo fin, se propone la revisión del Acuerdo marco para la disposición de bienes decomisados de la delincuencia organizada transnacional en el MERCOSUR. Ambos documentos se anexan a este estudio. El examen de los mecanismos de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional y su red Iber@, del Grupo Egmont y de la Red de Recuperación de Activos del Grupo de

Acción Financiera para Latinoamérica (RRAG), para el intercambio de información, así como para la creación de un posible repositorio de sentencias sobre decomiso y medidas cautelares.

También logra concluirse que la disparidad de los procedimientos que utilizan los países para la obtención de la prueba, puede ser un inconveniente, ya que la rigurosidad de las garantías para su recolección varía entre los Estados. Es decir, la prueba que fue obtenida de manera legal según la legislación del país requerido puede no cumplir con las garantías mínimas que exige el país requirente. Este hecho puede tornar la prueba inválida y todo el esfuerzo habría resultado infructuoso, que no podrá ser utilizado en el proceso penal para el cual fue solicitada. Así las cosas, cobra total relevancia el hallazgo que aparece en el Manual de la Organización de las Naciones Unidas sobre Asistencia Legal:

“De hecho, a menudo el problema mayor no son las diferencias entre los ordenamientos jurídicos, sino la falta de comprensión sobre esas diferencias. En muchos casos las diferencias entre los sistemas se pueden superar si ambos interesados hacen un esfuerzo concertado para explicar a la contraparte cuidadosa y plenamente los detalles de su legislación. Igualmente, importante, los Estados deben formular preguntas sobre el ordenamiento jurídico del otro país cada vez que se presente una duda. (...)”

En las solicitudes de asistencia judicial recíproca y de extradición hay que ser claro sobre cuáles son las exigencias jurídicas respecto de la información que solicita. Si la información no se recibe de una manera que se pueda utilizar, resultará inútil para la continuación de la investigación o del juicio.” (Manual de la ONU sobre Asistencia Legal).

No se puede obviar que el espíritu de cooperación de los estados, su voluntad real para cooperar de manera recíproca y la eficacia de la normativa interna nacional, ya que de ella dependerá la aplicación concreta de los procesos, son aspectos concluyentes en el éxito de la asistencia legal mutua y las medidas cautelares para la recuperación de activos.

Debemos recordar que para lograr la efectiva desarticulación del crimen organizado en la región es necesario causar disrupción en los flujos financieros ilícitos generados por la actividad criminal. En este aspecto, la persecución de bienes y activos a nivel internacional constituye una herramienta fundamental para bloquear el capital de trabajo de las organizaciones criminales y en tal medida, los mecanismos de asistencia legal mutua para el aseguramiento de los bienes resultan fundamentales para la lucha contra la criminalidad organizada transnacional.