



## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado<sup>1</sup>



Patricia Faraldo Cabana

Universidad de La Coruña, España

**RESUMEN:** En los últimos años tanto la comunidad internacional, a través de medidas propias tanto de hard law y de soft law, como los Estados se han empeñado en la mejora de la efectividad de los mecanismos de prevención y represión del lavado de capitales y de la confiscación, sobre todo en el contexto del crimen organizado. Pese a este esfuerzo normativo, en muchos sistemas nacionales se constata que el nivel de aplicación del delito de blanqueo de capitales por parte de jueces y tribunales es menos que satisfactorio, y que los mecanismos legales existentes dirigidos a confiscar los bienes de origen criminal no están dando los resultados esperados. El objetivo que se pretende alcanzar en este trabajo es analizar sucintamente cuáles son las razones que pueden impedir en la práctica que las medidas legales sean efectivas y proponer soluciones. Con el fin de delimitar el tema, tras una introducción relativa a las dificultades de implementación de los estándares internacionales, el trabajo se centra en particular en los obstáculos que se plantean a nivel interno, no en los aspectos relativos a la cooperación con otros países.

**PALABRAS CLAVE:** Confiscación, blanqueo de dinero, recuperación de activos, comiso civil.

**ABSTRACT:** Over the last few years, the international community —through “hard” and “soft law” measures— as well as States have committed themselves to improving mechanisms for preventing and repressing money-laundering and for confiscation, in particular in the context of organised crime. In spite of this standardising effort, several national systems have found that the level of application of the offence of money-laundering by judges and courts is less than satisfactory, and that existing legal mechanisms aimed at confiscating assets of criminal origin are not giving the expected results. The intended aim of this work is to carry out a succinct analysis of the reasons that prevent legal measures from being effective in practice, and to put forward solutions. In order to define the topic, after an introduction to the difficulties of implementing international standards, the paper focuses in particular on internal obstacles, not on aspects relating to cooperation with other countries.

**KEY WORDS:** Confiscation, Money Laundering, Asset Recovery, Civil Forfeiture.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de los Proyectos de Investigación “Medidas alternativas a la privación de libertad” (código 10PXIB101082PR), financiado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia dentro del programa de promoción general de la investigación; “Consolidación de las medidas alternativas a la privación de libertad en el sistema penal español: riesgos y beneficios” (DER2011-24030JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y la ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia, modalidad de grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/169), financiada por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Las propuestas de mejora de la recuperación de activos. 1. Determinaciones previas: en torno a las dificultades de la implementación de los estándares internacionales. 2. Propuestas generales y de carácter institucional. 3. Propuestas relacionadas con el procedimiento de recuperación de activos. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

## 1. Introducción

La forma habitual de abordar un problema criminal es utilizar el Derecho penal para tipificar la conducta indecisa como delito y prever las consecuencias jurídico-penales aplicables a su autor. La delincuencia organizada no es una excepción. Hace ya décadas que los Estados y la comunidad internacional están intentando esta aproximación tradicional para poner límites a la expansión del crimen organizado.<sup>2</sup> La creación de figuras delictivas consistentes en la pertenencia o dirección de una asociación ilícita o de una organización delictiva es, sin embargo, sólo una de las tres vías que se emplean habitualmente en el Derecho comparado para abordar el fenómeno de la criminalidad organizada. En efecto, en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno<sup>3</sup> se observa que una segunda modalidad de reacción es la introducción de tipos agravados por pertenencia o dirección de asociaciones ilícitas u organizaciones delictivas en diversos delitos que, de acuerdo con un análisis criminológico, se cometen generalmente en el marco de estructuras organizadas, como los diversos tipos de tráfico ilícito. En tercer lu-

gar, también se tipifican expresamente determinadas conductas propias de la delincuencia organizada, como son el tráfico de especies protegidas de flora y fauna, drogas, armas o personas, o el blanqueo de capitales, entre otros.<sup>4</sup>

El creciente interés que ha despertado en los últimos años a nivel internacional el blanqueo de capitales se justifica sobre la base de que una de las formas más efectivas de disminuir el nivel de incidencia del crimen organizado consiste en reducir el incentivo que supone para el delincuente el disfrute de las ganancias obtenidas con la actividad delictiva. Esta presunción<sup>5</sup> unida a la dificultad que supone para la persecución que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriban, por regla general, a un único país, sino que traspasen las fronteras nacionales, ha dado lugar a la adopción de diversas iniciativas internacionales con la finalidad, en primer lugar, de aumentar el nivel de criminalización<sup>6</sup> y, en segundo lugar, impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados con el objetivo de facilitar la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el

<sup>2</sup> Es un claro ejemplo de esta aproximación la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada en diciembre de 2000 en Palermo, Italia) que insta a los Estados parte a penalizar la participación en un grupo delictivo organizado.

<sup>3</sup> En el ámbito anglosajón, en cambio, lo que se utiliza es la conspiración para delinquir (*conspiracy*), no existe la figura de asociación u organización criminal.

<sup>4</sup> Con la peculiaridad de que permiten castigar también a quien actúa al margen de cualquier asociación ilícita u organización criminal, ya que la pertenencia a estos entes se suele configurar únicamente como un tipo agravado.

<sup>5</sup> Véase una detallada crítica de esta justificación en Alldridge, P., *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, pp. 45-69.

<sup>6</sup> El art. 3.1 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, obligaba a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, entre otros, “(b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de que un acto de participación en tal delito o delitos”.

Como se puede observar, la Convención de Viena hacía referencia exclusivamente al blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas. El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990, por su parte, no se limita al ámbito del tráfico de drogas, sino que se extiende a la lucha contra la delincuencia grave, lo que dio inicio a la tipificación del blanqueo de bienes procedentes de delitos distintos del tráfico de drogas. Véanse, entre otros, Görg, S., *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2010, p. 19; Hoyer, P. y Klos, J., *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 2ª ed., Erich Schmidt, Bielefeld, 1998, pp. 37 y 38.

blanqueo. En todas estas fases se ha actuado tanto con medidas propias de *hard law* como de *soft law*.<sup>7</sup>

Pero la sanción penal del blanqueo de bienes de poco sirve si no se consigue decomisar los bienes provenientes del delito. Ello ha llevado a que se esté buscando también mejorar la efectividad de la confiscación,<sup>8</sup> sobre todo en el contexto del crimen organizado. Las medidas adoptadas en este sentido van desde la admisión del comiso por sustitución<sup>9</sup> o el “aligeramiento” de la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes introduciendo presunciones *iuris tantum* de ilicitud que debe destruir el propietario o poseedor del bien sospechoso<sup>10</sup> a la admisión del comiso por equivalencia cuando no es posible el comiso de los bienes declarados de origen ilícito, permitiendo el comiso por un valor equivalente de otros bienes

que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho,<sup>11</sup> sin olvidar la previsión de reglas especiales en caso de comiso de bienes procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, en cuyo caso se entiende que procede de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.<sup>12</sup> No obstante, las dificultades vinculadas a la naturaleza penal del comiso han limitado su eficacia a la hora de reducir las ganancias provenientes del crimen. Tanto el número total de comisos ejecutados como las sumas recuperadas se mantienen en niveles modestos.<sup>13</sup> Ello ha llevado a que también se intente la vía civil,<sup>14</sup>

---

Por su parte, la Convención de Palermo insta a los Estados parte a aplicar el blanqueo a “la gama más amplia posible de delitos determinantes”, y en concreto “cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados” (art. 6.2).

<sup>7</sup> Sobre el significado y los objetivos perseguidos con esta estrategia, véanse Mitsilegas, V., “International Regulation of money laundering and terrorist finance”, en Keramidas, G. (ed.), *International and European Financial Criminal Law*, LexisNexis Butterworths, Surrey, 2006, pp. 42-49; del mismo autor, *Money Laundering Counter-Measures in the European Union. A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 103-125.

<sup>8</sup> Sobre la racionalidad que se encuentra en el trasfondo de las medidas de confiscación, véase Levi, M., “Criminal Asset-Stripping. Confiscating the Proceeds of Crime in England and Wales”, en Edwards, A., *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security*, Routledge, Londres/Nueva York, 2003, pp. 212-215.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el art. 12.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: “Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo”.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase el art. 12.7 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: “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 de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas”.

<sup>11</sup> Véase el art. 5.1, inciso a de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, que señalaba que “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”; el art. 2.1 del Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos de 1990, que establece que “cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos”; el art. 12.1, inciso a de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, que dispone que “los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”; o el art. 3 de la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, según el cual “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero...”.

<sup>12</sup> En este sentido, Véase el art. 3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, dedicado a regular la “potestad de decomiso ampliada”.

<sup>13</sup> Así se afirma, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008, p. 4. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0766:FIN:ES:PDF>.

<sup>14</sup> En lo que respecta a la normativa internacional, la primera alusión directa a la posibilidad de que los Estados permitan la confiscación sin condena penal se encuentra en el art. 54 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada en Mérida en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005), según el cual “1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca

siguiendo la Recomendación 4 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).<sup>15</sup> Figuras como la extinción del dominio ya no son infrecuentes en el panorama comparado.<sup>16</sup>

Pese a este esfuerzo normativo, en muchos sistemas nacionales se constata que el nivel de aplicación del delito de blanqueo de capitales por parte de jueces y tribunales es menos que satisfactorio,<sup>17</sup> y que los mecanismos legales existentes dirigidos a confiscar los bienes de origen criminal no están dando los resultados esperados.

El objetivo que se pretende alcanzar en las siguientes páginas es analizar sucintamente cuáles son las razones que pueden impedir en la práctica que las medidas legales sean efectivas y proponer soluciones. Sin embargo, con el fin de delimitar el tema, tras una introducción relativa a las dificultades de implementación de los estándares internacionales, me centraré en particular en los obstáculos que se plantean a nivel interno, esto es, no en los aspectos relativos a la cooperación con otros países.

## II. Las propuestas de mejora de la recuperación de activos

### 1. Determinaciones previas: en torno a las dificultades de la implementación de los estándares internacionales

No cabe duda de que el estándar internacional en materia de blanqueo de bienes y recuperación de activos es el que sientan las 40+9 recomendaciones del GAFI. Ahora bien, su implementación no es nada fácil, como demuestran los informes elaborados por el propio Grupo,<sup>18</sup> siendo el grado de dificultad todavía más elevado en países en vías de desarrollo. Antes de analizar las causas, conviene advertir de la necesidad de evitar la tendencia común de reducir los problemas que rodean la aplicación de estándares internacionales al ámbito de las dificultades prácticas de su implementación. Así, en primer lugar, hay que definir qué se entiende por éxito o fracaso de un determinado estándar internacional. Por ejemplo, si bien no cabe

---

conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: ... c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

También se incluye una referencia en el art. 3.4 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, según el cual “los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”.

Sin embargo, con anterioridad otros textos internacionales ya abrían las puertas a la posibilidad de establecer mecanismos no penales de exigencia de responsabilidad. Véase, por ejemplo, el art. 10.2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que señala que “con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas [por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la Convención] podrá ser de índole penal, civil o administrativa”.

<sup>15</sup> La numeración se corresponde con el texto revisado en febrero de 2012, ya que anteriormente esta sugerencia se encontraba en la Recomendación 3. De acuerdo con el texto actual, “Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin necesidad de condena penal (comiso no basado en una condena) o requieran a un delincuente para que demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a comiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios de su derecho interno”.

<sup>16</sup> Véase una amplia panorámica de la situación internacional en Young, N.M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, *passim*. Sobre la importancia de los procedimientos civiles véase Cassella, S.D., “The case for civil forfeiture: why in rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds from crime”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 1, pp. 8-14; Kennedy, A., “Justifying the civil recovery of criminal assets”, *Journal of Financial Crime*, vol. 12, núm. 1, pp. 8-23. Apuntan algunas desventajas de este procedimiento Daniel, T. y Maton, J., “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 137-139. Véase también D. Claman, “The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC”, en M. Pieth, (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Bera, 2008, pp. 333-352. Sobre la extinción de dominio en México, véase, además de las obras que se citan más adelante, M.E. Quintero, “Extinción de dominio y reforma constitucional”, *Iter Criminis*, núm. 6, noviembre-diciembre 2008, *passim*.

<sup>17</sup> “Disappointing” es el adjetivo utilizado en el informe elaborado por Moneyval, *3rd Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*, Council of Europe, diciembre de 2010, p. 8. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalReview\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalReview_en.pdf).

<sup>18</sup> Véase un resumen en Jensen, N. y Png, C.-A., “Implementation of the FATF 40+9 Recommendations. A perspective from developing countries”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 2, 2011, pp. 111-113. También resulta de interés Bester, H. *et al.*, *Implementing FATF Standards in Developing Countries and Financial Inclusion: Findings and Guidelines*, First Initiative, Washington DC, 2008, que hace referencia expresa al caso mexicano en las pp. 12-14.

duda de que muchos países siguen manteniendo un bajo nivel de cumplimiento de las recomendaciones, se reconoce con carácter general que el proceso de evaluación mutua ha conducido a que se realicen mayores esfuerzos en esa dirección, lo que aumenta el nivel de concienciación de las élites políticas respecto de la necesidad de hacer algo al respecto, y, por tanto, también los esfuerzos en este sentido.

En segundo lugar, los acuerdos y estándares internacionales normalmente tienden a disimular las diferencias entre quienes promueven la acción. Las discrepancias sobre el “significado real” de tales acuerdos suelen ser frecuentes y constantes. Podemos decir que cada país tiene su propio modelo de implementación, como sugiere el concepto de cultura legal.<sup>19</sup> En efecto, existen diferencias nacionales, ¿qué se debería hacer al respecto? ¿Realmente es necesario hacer algo? Desde un punto de vista esas diferencias suponen un obstáculo que ha de ser superado a través de la armonización y la cooperación. Uno de los objetivos de las recomendaciones era producir una mayor convergencia entre las definiciones legales del blanqueo y la financiación del terrorismo para armonizar su implementación en diferentes jurisdicciones, así como fomentar la elaboración de normativa que facilitara la recuperación de activos. Desde otro punto de vista, sin embargo, puede argumentarse que la implementación ha de ser de hecho diferente si los contextos y los desafíos lo son. Y puede que constituya un valor intrínseco mantener la diversi-

dad política, legal y cultural, incluso si conduce a resultados distintos a la hora de implementar estándares internacionales. En relación con la recuperación de activos, mientras que la comunicación entre las unidades nacionales con competencias en esta cuestión está mejorando, todavía hay muy poca cooperación o fertilización cruzada de ideas a través de las fronteras nacionales. El Grupo de Acción Financiera Internacional,<sup>20</sup> el Grupo Egmont,<sup>21</sup> el Banco Mundial,<sup>22</sup> el G8<sup>23</sup> y otras instituciones globales, de esta forma, siguen ofreciendo consejos generales que se pretende sean válidos con carácter universal sobre cómo dar una respuesta efectiva al problema de la recuperación de activos. Sin embargo, primero debemos entender las especificidades de cada cultura legal antes de poder superarlas, especialmente cuando esas diferencias también afectan la manera en la que las recomendaciones y guías que se pretende que sean interculturales, pero no lo son, son interpretadas y seguidas.<sup>24</sup> Y es que los países hacen uso de los acuerdos y estándares internacionales según la forma nacional de entenderlos, de manera local, a menudo con objetivos fundamentalmente locales más que de colaboración.

Pues bien, cuando se habla de cultura legal el caso mexicano resulta ser de particular interés. Se trata de un país con un problema crónico de crimen organizado, hasta el punto que se ha llegado a cuestionar si puede ser calificado como un “Estado fallido”.<sup>25</sup> Como respuesta a ese problema se han adoptado importantes

<sup>19</sup> La definición amplia de cultura legal utilizada aquí es una forma de describir tendencias relativamente estables de comportamiento y actitudes sociales orientadas legalmente. Los elementos identificadores de la cultura legal se extienden desde hechos sobre instituciones, como el número y el papel de los abogados o las formas en que son nombrados y controlados los jueces, a distintas formas de conducta como los índices de judicialización y prisionización, y, en el otro extremo, aspectos más nebulosos de ideas, valores, aspiraciones y mentalidades. Como la propia cultura, la cultura legal trata de quiénes somos, no sólo de lo que hacemos. Cfr. Nelken, D., “Using the Concept of Legal Culture”, 29 *Australian Journal of Legal Philosophy*, 1, 2004. Más sobre la discusión en torno a este término en Nelken, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997; Nelken, D. y Feest, J. (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford, 2001, y específicamente sobre por qué este término es preferible a otros como sistema legal, tradición jurídica, mentalidad legal o ideología jurídica, Nelken, D., “Rethinking Legal Culture”, en Freeman, M. (ed.), *Law and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 200, 208-211.

<sup>20</sup> Véase *Best practices on confiscation (Recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*, de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/documents/guidance/bestpracticesonconfiscationrecommendations4and38andframeworkforongoingworkonassetrecovery.html>.

<sup>21</sup> Véase el documento titulado *The Role of Financial Intelligence Units in Fighting Corruption and Recovering Stolen Assets. An Egmont Group White Paper*, octubre de 2012. Disponible en: <http://www.egmontgroup.org/news-and-events/news/2012/10/03/the-role-of-fius-in-fighting-corruption-and-recovering>.

<sup>22</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, World Bank, Washington, DC, 2007. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>.

<sup>23</sup> Véase el documento titulado *G8 Best Practice Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets*. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web\\_ressources/G8\\_BPTracing.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/G8_BPTracing.pdf).

<sup>24</sup> En muchos informes ya se hace referencia a esa necesidad de comprender las particularidades nacionales antes de implantar estándares internacionales. Entre otros, por ejemplo, cfr. Bester, H. et al., *Implementing fatf Standards*, op. cit., p. 31.

<sup>25</sup> Véanse los motivos que llevan a pensar que no lo es en Grayson G., *Mexico, Narco Violence and a Failed State?*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009. Más sucintamente, Philip, G., “Introduction: Mexico’s struggle against organized crime”, en Philip, G. y Berruecos, S., *Mexico’s struggle for public security. Organized crime and State responses*, Pallgrave, New Cork, 2012, p. 2; Williams, P., “El crimen organizado y la violencia en México: una perspectiva comparativa”, *Istor*, núm. 42, pp. 15 y ss.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

medidas orientadas tanto a mejorar la coordinación de diferentes agencias y organismos nacionales como la cooperación con otros países, en particular con Estados Unidos.<sup>26</sup> Sin embargo, pese a la introducción de un delito de lavado de capitales con relativa prontitud y a la creación también relativamente temprana de una unidad de inteligencia financiera, lo cierto es que los resultados obtenidos son pobres. Entre 1989 y 2008, apenas 25 condenas por blanqueo de bienes, entre 2004 y 2007, 149 procesamientos, de los cuales, sin embargo, sólo dos son el fruto de informes elaborados por la unidad de inteligencia financiera.<sup>27</sup> Pese a la cantidad de dinero negro que se mueve en el país, su regulación de la extinción de dominio<sup>28</sup> ha fracasado en la práctica.<sup>29</sup> Tampoco parecen funcionar adecuadamente los mecanismos de aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso penal previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>30</sup> Los posibles motivos de la falta de aplicación de los sistemas de recuperación de activos serán analizados en los siguientes apartados, ofreciéndose algunas respuestas.

### 2. Propuestas generales y de carácter institucional

Un buen sistema de recuperación de activos debería permitir: a) identificar, localizar y evaluar los bienes

que estén sujetos a comiso, b) llevar a cabo las medidas provisionales, tales como el bloqueo y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o enajenación de esos bienes; c) tomar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del país para bloquear o confiscar o recuperar los bienes que estén sujetos a comiso, y d) adoptar las medidas de investigación pertinentes.

A continuación se realizan una serie de propuestas para mejorar el grado de cumplimiento de estos objetivos. La perspectiva que se adopta es la de mejorar los sistemas a nivel interno, nacional.<sup>31</sup> Dejamos al margen, pues, los problemas que se plantean respecto de la cooperación internacional entre Estados, que poseen una naturaleza distinta y precisan otro tipo de abordaje.<sup>32</sup>

a) Creación de una relación de confianza entre las partes implicadas

La existencia de una relación de confianza entre las partes implicadas es un elemento fundamental en todas las etapas de la recuperación de activos, desde la recolección y análisis de los datos de inteligencia a la obtención de pruebas para uso por parte de la fiscalía. Los organismos dedicados a estos aspectos<sup>33</sup>

<sup>26</sup> En diciembre de 2008, México y Estados Unidos firmaron la primera Carta de Acuerdo sobre la Iniciativa Mérida, con el fin de crear una nueva estructura de cooperación bilateral en seguridad, ayudando a concretar esfuerzos a ambos lados de la frontera para detener el flujo ilegal de armas, dinero y drogas.

<sup>27</sup> Datos contenidos en el resumen ejecutivo del informe de evaluación mutua del GAFI sobre México de 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Mexico%20ES.pdf>.

<sup>28</sup> Ley Federal de extinción de dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos (DOF de 29 de mayo de 2009).

<sup>29</sup> Véase González Rodríguez, J. de J., *Extinción de dominio (escenarios internacionales, contexto en México y propuestas legislativas)*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, documento de trabajo núm. 128, mayo de 2012. Disponible en: [www3.diputados.gob.mx/.../Extincion-de-dominio-docto128.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/.../Extincion-de-dominio-docto128.pdf).

<sup>30</sup> Califica el procedimiento de “híbrido y complejo” García Ramírez, S., *Delincuencia organizada*, 3ª ed. Porrúa/UNAM, México, 2002, p. 200.

<sup>31</sup> Para ello he utilizado diversas fuentes. Así, véanse entre otros, Bester, H. *et al.*, *Implementing FATF Standards*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.; Goredema, C., “Recovery of Proceeds of Crime: Observations on Practical Challenges in sub-Saharan Africa”, en International Centre for Asset Recovery, *Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 26-31; Levi, M., “Criminal Asset Stripping”, *op. cit.*, pp. 212-226.

<sup>32</sup> Al respecto, véase Stephenson, K. M. *et al.*, *Barriers to Asset Recovery*, The World Bank/UNODC, Washington, 2011. Todos los convenios internacionales en la materia dedican una parte de su articulado precisamente a la recuperación de activos y a las medidas a adoptar para facilitar su repatriación al país de origen. Véanse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; o el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante, Convenio OCDE). Sobre la recuperación de activos en la agenda anti-corrupción, Véase ampliamente Jorge, G., “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. XIII-XXXII.

<sup>33</sup> Inicialmente, las unidades de inteligencia financiera. Véase una propuesta sobre su composición y funciones en AA.VV., *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general*, Washington, DC, Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fiu/esl/fius.pdf>. A ellas se han añadido ahora las oficinas de recuperación de activos, a cuya creación ya hacían referencia el documento sobre *Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio*, publicado en el Diario Oficial C 124 de 3/5/2000, cuya recomendación 17 b aludía expresamente a la necesidad de crear “unidades expresamente dedicadas a los procedimientos de seguimiento, embargo y decomiso de los bienes...”, debiendo garantizarse que

deberían designar personas adecuadas que actúen como punto de contacto con otros organismos, cuerpos e instituciones. Es útil que se identifiquen los cargos más importantes y las autoridades competentes a diversos niveles como puntos iniciales de contacto en relación con las políticas dirigidas a la recuperación de activos. Un elemento que facilita el establecimiento de esta relación es la organización de reuniones o eventos, tanto a nivel institucional como más informal, que permitan el conocimiento personal entre las personas designadas por las partes como puntos de contacto, pero también el establecimiento de protocolos de asistencia y colaboración entre las instituciones y organismos implicados en la recuperación de activos, de forma que se permita, por ejemplo, la presencia de miembros de la unidad de inteligencia financiera o de la oficina de recuperación de activos en las investigaciones del Ministerio Fiscal relacionadas con el crimen organizado. En relación con esto último se ha revelado como útil la previsión de mecanismos informales de asistencia e información, así como de medidas que permitan que una persona de la unidad de inteligencia financiera o de la oficina de recuperación de activos se traslade a otros organismos o jurisdicciones como persona de contacto en caso necesario, obteniendo la colaboración de las autoridades en el lugar de destino. Igualmente, el establecimiento de medidas que permitan un *feedback* constructivo ayuda a fomentar la confianza. Por ejemplo, permitiendo que las unidades de inteligencia financiera informen a las personas y entidades obligadas por qué los informes recibidos sobre operaciones sospechosas son insuficientes, o cómo podrían mejorar; o permitir que reciban información de cuántos de los casos que trasladan a la policía o al ministerio fiscal acaban en condenas, cuántos no y por qué.

La eventual falta de confianza puede estar motivada por las sospechas de corrupción o connivencia con el crimen organizado que recaen sobre el interlocutor. Esas sospechas han de ser eliminadas cuanto antes, procediendo a la investigación seria y detenida de todos los intervinientes y sus patrimonios, comprobando la exis-

tencia de antecedentes penales, pero también de aumentos injustificados del patrimonio personal o familiar.

## b) Fomento de una verdadera voluntad política

La existencia de una verdadera voluntad política de lucha contra la delincuencia organizada es un elemento fundamental en toda evaluación del nivel de efectividad de un sistema nacional de recuperación de activos. Esa voluntad política se manifiesta, en primer lugar, en el establecimiento de un marco legal apropiado, pero eso no es suficiente. Es necesario transmitir esa voluntad más allá del nivel legislativo, lo que se consigue, entre otras medidas, elaborando planes de implementación claros (una “estrategia nacional” contra el crimen organizado y la corrupción, con apoyo público por parte del gobierno, organismos públicos y privados implicados, como la banca, y organizaciones ciudadanas), ofreciendo formación a los funcionarios y empleados públicos implicados en la recuperación de activos, incluyendo la judicatura, el ministerio fiscal y los miembros de la unidad de inteligencia financiera y de la oficina de recuperación de activos, de forma que se les transmita la importancia y relevancia de los recursos obtenidos para el Estado. También es conveniente incentivar y promover la investigación y eventual condena de personas expuestas políticamente con el fin de dar ejemplo, de manera que no se transmita la impresión de que sólo se persigue a quien no tiene vínculos políticos o a pequeños delincuentes.

## c) Recursos suficientes

La falta de recursos humanos o materiales, una formación deficiente de las personas encargadas de la recuperación de activos a todos los niveles (fuerzas de policía, judicatura, ministerio fiscal, miembros de las unidades de inteligencia financiera), la inexperiencia a la hora de implementar las medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, son elementos que pueden suponer un importante *handicap* para el país de referencia.

---

dichas unidades “disponen de personal y recursos técnicos y operativos suficientes para luchar contra el blanqueo de capitales”; y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero, Bruselas, 16 de abril de 2004, COM(2004) 262 final, punto 2.4. Esta iniciativa ha fructificado en la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, cuyo objetivo consiste en asegurar que los Estados miembros de la Unión Europea creen o designen organismos nacionales de recuperación de activos que actúen como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el comiso.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

Los organismos dedicados a la recuperación de activos deberían tener una estructura multidisciplinar que reúna especialistas de los servicios policiales, judiciales, fiscales, sociales y aduaneros, así como de otros servicios pertinentes. Estos especialistas deberían ejercer sus competencias habituales y comunicar la información en el seno de estos organismos sin estar ligados por el secreto profesional. Los organismos deberían disponer de recursos financieros adecuados y servir de punto centralizado para tramitar todas las solicitudes de ayuda procedentes de otros países. Además de recopilar todas las estadísticas pertinentes sobre extinción de dominio, embargo y comiso de activos. En caso de que no gestionen directamente los activos embargados, deberían, al menos, recabar información sobre estos activos de las autoridades que los gestionan, así como tener acceso a todas las bases de datos pertinentes,<sup>34</sup> incluidas las que contienen información financiera (lo ideal sería un registro central de cuentas bancarias a nivel nacional), a fin de poder identificar y seguir la pista de los activos de origen delictivo. Incluso, disponer de los poderes coercitivos necesarios para obtener esta información.

Ahora bien, con el fin de determinar cuál es la forma más eficaz de aumentar los recursos existentes, se pueden realizar proyectos piloto, eligiendo varios organismos (pueden ser unidades de inteligencia financiera, el ministerio fiscal o los cuerpos de policía de diferentes estados o localidades), dotándolos de fondos extraordinarios con el fin de aumentar los esfuerzos dedicados a la recuperación de activos y permitiéndoles decidir a nivel local, y tomando en cuenta las necesidades locales, cómo se habrán de invertir: si contratando personal especializado, mejorando la formación del personal ya existente, estableciendo un sistema de recompensas por activos recuperados (que no tienen porque recaer en las personas directamente, sino que pueden suponer un aumento de fondos para el organismo de pertenencia),

etc. En el estadio final habría que medir si los fondos extraordinarios y las medidas adoptadas han tenido un impacto positivo, sea en el número de investigaciones realizadas (tanto de índole proactiva como reactiva) o en la cantidad de activos recuperados.<sup>35</sup>

## d) Coordinación entre unidades

A nivel nacional resulta fundamental establecer mecanismos que permitan la coordinación de todos los implicados en la investigación de los activos de origen criminal,<sup>36</sup> debiendo analizarse y evitarse los problemas que plantean los sistemas jurídicos fragmentados o la existencia de distintas prioridades a nivel regional o local.

## e) Colaboración por parte de las entidades y sujetos obligados

Es necesario informar adecuadamente a las entidades y sujetos obligados acerca del alcance de sus obligaciones, ofreciéndoles puntos de contacto, protocolos de actuación, listas nacionales de personas expuestas políticamente, indicadores de riesgo de corrupción, blanqueo o financiación del terrorismo, etcétera.

El establecimiento de convenios de cooperación con las grandes asociaciones del sector bancario o del juego, por ejemplo, pero también de otros sujetos obligados (colegios de abogados, contadores de cuentas, etc.) puede permitir crear lazos que acaben resultando fructíferos a mediano y largo plazo.

## 3. Propuestas relacionadas con el procedimiento de recuperación de activos

a) Previsión<sup>37</sup> de un procedimiento eficaz de bloqueo

Es necesario establecer un sistema que pueda ponerse en marcha con carácter cautelar antes o durante un

<sup>34</sup> Por ejemplo, el registro de la propiedad, los registros de las empresas, el registro de matriculación de vehículos, el registro de antecedentes penales, el de la seguridad social, etcétera.

<sup>35</sup> Véase un estudio de estas características realizado en Escocia, del que se informa en Cavanagh, B., *A review of reinvestment in financial investigation from the proceeds of crime*, Scottish Government Social Research, Edinburgo, 2011. Disponible en: [www.scotland.gov.uk/socialresearch](http://www.scotland.gov.uk/socialresearch).

<sup>36</sup> Sobre el papel que debe jugar la unidad de inteligencia financiera véase Bacarese, A., "The Role of Intelligence in the Investigation and Tracing of Stolen Assets in Complex Economic Crime and Corruption Cases", en International Centre for Asset Recovery, *Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 37-48.

<sup>37</sup> Entendemos por bloqueo la prohibición de realizar cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de capitales o activos financieros que dé o pueda dar lugar a un cambio de volumen, importe, localización, propiedad, posesión, naturaleza o destino de dichos capitales o activos, o de cualquier otro cambio que pudiera facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores.

procedimiento penal, permitiendo el bloqueo de los fondos de origen sospechoso de manera rápida y eficaz.<sup>38</sup> Piénsese que de otra forma es posible que desaparezcan, una vez que el sospechoso se dé cuenta o le adviertan (*tipping-off*) de que está siendo investigado. Puesto que el bloqueo es provisional, no lesiona de forma definitiva los intereses del propietario, siempre que existan procedimientos que permitan el desbloqueo y se contemple la posibilidad de permitir que el propietario pueda retirar los fondos necesarios para cubrir sus necesidades de subsistencia.

Hay varios tipos de procedimientos de bloqueo:<sup>39</sup> el criminal constituye una medida cautelar que se adopta en el seno de un procedimiento penal por delito; el civil tiene la ventaja de no necesitar que haya indicios suficientes de la comisión de un delito; el administrativo supone la atribución de potestades específicas dirigidas a bloquear saldos y movimientos financieros de personas concretas, otorgadas a un órgano colegiado especializado, siempre con la consideración de su naturaleza de medida preventiva carente de valor sancionador; por último, las instituciones financieras están acudiendo también al bloqueo interno, por ejemplo, con carácter previo a la notificación de una operación sospechosa de constituir blanqueo de dinero.

## b) Ampliación del comiso penal

Por su parte, los mecanismos penales de confiscación de bienes (embargo, comiso), pese a la evolución experimentada en los últimos años en orden a “aligerar” la carga de la prueba con presunciones en contra del propietario y admitir el comiso por equivalencia,

incluyendo reglas especiales en caso de delincuencia organizada, al estar vinculados en buena medida a la existencia de una condena, siempre difícil de obtener,<sup>40</sup> tampoco se han mostrado como un instrumento muy eficaz a la hora de reducir las ganancias provenientes del crimen organizado, ya que tanto el número total de comisos ejecutados como las sumas recuperadas se mantienen en niveles modestos.<sup>41</sup>

Por ejemplo, la imposibilidad de decomisar los bienes pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, dejando de lado la adquisición “legal”, que a la postre se resume en una cuestión formal, debería abandonarse cuando menos cuando se trate de bienes en poder de personas jurídicas que el responsable controle, sea de forma individual sea junto con sus allegados (parientes o amigos). A este respecto suele echarse en falta una adecuada tipificación de las conductas de los llamados “testaferros”, que tantas veces se ha reclamado desde la doctrina.<sup>42</sup>

c) Exploración de las posibilidades del comiso no basado en una condena penal (extinción de dominio, comiso civil, participación a título lucrativo)

En la mayoría de los Estados, el comiso es una sanción vinculada a una condena penal.<sup>43</sup> Sin embargo, en algunos ordenamientos se están introduciendo formas de comiso sin una condena penal previa, que se conocen como extinción de dominio o comiso civil.<sup>44</sup> Este procedimiento es particularmente adecuado cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de la comisión de delitos, dado que

<sup>38</sup> Este aspecto se destaca en todos los estudios sobre el tema. Véase por todos Bertossa, B., “What makes asset recovery so difficult in practice?”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, p. 23.

<sup>39</sup> Cfr. Pieth, M., “Recovering stolen assets”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 11 y 12.

<sup>40</sup> Véanse los problemas que ya apuntaba en relación con la determinación del origen de los bienes y la presunción de inocencia el “Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group”, constituido dentro del *EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime*, 12706/98, CRIMORG 173, Bruselas, 6 de noviembre de 1998.

<sup>41</sup> Así se afirma, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20.11.2008, p. 4. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0766:FIN:ES:PDF>. Véanse las reflexiones de Jorge, D., “El decomiso del producto del delito”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 72-88.

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, Quintero Olivares, G., “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 5 y 6.

<sup>43</sup> En España, sin embargo, no es una pena, sino una consecuencia accesoria, lo que significa que es posible su aplicación incluso en los casos en los que no se imponga pena a ninguna persona por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido, siempre que se demuestre la “situación patrimonial ilícita” (art. 127.3, CP). Surge aquí un parecido con la receptación civil, pues también en ella se parte de que la restitución de los bienes es independiente de la inexistencia de responsabilidad penal de quien los posee.

<sup>44</sup> Sobre sus características, Véase Nikolov, N., “General characteristics of civil forfeiture”, *Journal of Money Laundering Control* 14(1), 2011, pp. 16-31. Véase también Blanco Cordero, I., “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este es un delincuente conocido o mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, pero no se puede conseguir una condena por razones procesales o técnicas.<sup>45</sup> En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil, que podría ordenar el comiso de los bienes basándose en la presunción de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, exhortando al presunto delincuente a acreditar el origen lícito de sus bienes. Este procedimiento también resulta útil cuando la persona sospechosa de haber cometido determinados delitos haya fallecido, se haya fugado<sup>46</sup> o no pueda ser procesada por cualquier otro motivo.<sup>47</sup>

Otra modalidad de recurso al Derecho civil es la previsión de la exigencia de responsabilidad civil sobre la base de la participación a título lucrativo, esto es, la posibilidad de ordenar la restitución por enriquecimiento o participación lucrativa siempre que se estime (dentro o al margen de un procedimiento penal) que alguien se ha beneficiado de lo que otros han hecho, aunque no se le pueda condenar como partícipe o receptor por falta de prueba o por falta de dolo.<sup>48</sup> La participación a título lucrativo puede apreciarse cuando una persona, que no ha participado en

el delito del que provienen los bienes ni como autor ni como partícipe, obtiene un lucro, que puede consistir en la mera posesión del bien. Así las cosas, lo único que parece separar la participación a título lucrativo de la figura de blanqueo por posesión de bienes procedentes de delitos<sup>49</sup> consiste en que en el primer caso el sujeto formalmente desconoce el origen delictivo de los bienes, o no lo sabe en el sentido exigido por el dolo, no siendo posible imputarle una infracción del deber de cuidado que podría fundamentar el castigo por blanqueo imprudente.<sup>50</sup> No es necesario que el partícipe a título lucrativo esté jurídicamente vinculado ni al hecho ni a sus autores, pues simplemente es obligado a restituir porque, por la razón que sea y sin dar nada a cambio, está disfrutando de bienes que para el juez proceden de ese hecho.<sup>51</sup>

Obviamente, un sistema que opte por respuestas civiles de estas características supone tomar partido a favor de fortalecer la respuesta (no penal, o al menos no exclusivamente penal) frente a la exhibición desvergonzada de riquezas de origen inexplicable, que por lo mismo cabe atribuir a un origen delictivo. La equiparación que se realiza entre lo “inexplicable” y lo “delictivo” probablemente sea la única manera de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo que no peque de ingenuidad. Sin embargo, no

o extinción de dominio”, en Fabián Caparrós, E. *et al.*, (dirs.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, Inacipe, México, 2012, pp. 337-371. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf). Es de gran interés la obra de Greenberg, T.S., Samuel, L. M., Grant, W. y Gray, L., *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington DC, 2009. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR\\_Publication\\_-\\_Non-conviction-based\\_Asset\\_Forefeiture\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forefeiture_S.pdf).

<sup>45</sup> Véase lo dispuesto en FATF, *Best practices*, *op. cit.*, p. 6, donde apuntan, entre otras razones que justifican el comiso no penal, que existan evidencias de que los bienes proceden de la actividad criminal, pero no haya prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia a efectos de obtener una condena (piénsese que el estándar de la prueba penal es superior al de la prueba civil); que resulte imposible realizar una investigación criminal; que el delincuente no haya podido ser condenado por el delito previo por falta de prueba; que el delincuente goce de inmunidad, etcétera.

<sup>46</sup> Puesto que en el procedimiento civil la ausencia del demandado no impide, por regla general, que se inicie o continúe el procedimiento, siempre que haya sido debidamente notificado, conviene prever mecanismos que permitan la notificación “sustitutiva” cuando el demandado trata de evitarla, por ejemplo, notificando el procedimiento a los abogados con quienes el demandado se encuentra en contacto porque le representan en otro procedimiento, a los asociados conocidos, o mediante anuncios en la prensa del país donde se cree que reside. Así, Daniel, T. y Maton, J., “La recuperación de activos”, *op. cit.*, p. 138.

<sup>47</sup> Véase sobre esos posibles motivos Blanco Cordero, I., “Recuperación de activos”, *op. cit.*, pp. 349 y ss., citando las propuestas del GAFI.

<sup>48</sup> Véase al respecto, entre otros, Segrelles de Arenaza, I., “El partícipe por título lucrativo: Un aspecto de delincuencia patrimonial y económica”, *La Ley*, núm. 5, 2000, pp. 1918-1925.

<sup>49</sup> La posesión del producto del delito como conducta típica de blanqueo se prevé en el art. 3.1, inciso c de la Convención de Viena y en el art. 6.1 incisos b e i de la Convención de Palermo.

<sup>50</sup> Los instrumentos internacionales de *ius cogens* no han prestado particular atención a la tipificación del blanqueo imprudente. Las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida no contemplan ninguna disposición al respecto. Distinto es el caso de los convenios elaborados en el contexto europeo. El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, prevé la posibilidad de que las partes tipifiquen todas o parte de las conductas intencionales cuando el sujeto “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. En el mismo sentido, el art. 9 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, permite que los Estados sancionen los hechos cuando su autor “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.

<sup>51</sup> Como apunta Quintero Olivares, G., “Sobre la ampliación del comiso”, *op. cit.*, *passim*.

debemos olvidar que puede llevar a abusos, como ya se ha denunciado en algunos países.<sup>52</sup>

#### d) Gestión adecuada de los bienes bloqueados o decomisados

Para aumentar la eficacia de los diversos regímenes de comiso es necesario implantar un programa que permita la gestión eficiente de los bienes bloqueados y decomisados, incluyendo, cuando sea necesario, su venta, previa valoración, manteniendo en todo momento un registro de los bienes. Dependiendo del tipo de bien y de las particulares circunstancias de cada caso, el mejor método de gestión puede consistir en uno de los siguientes o en una combinación de varios de ellos: las autoridades competentes, un administrador nombrado por el tribunal, el propietario actuando como depositario de los bienes embargados. Es necesario que antes de realizar el bloqueo o el comiso se haya planificado el destino de los bienes, teniendo en cuenta su naturaleza, y se haya previsto asimismo la necesidad de responder por la pérdida o los daños que eventualmente se ocasionen. Cuando se trate de bienes perecederos o que sufren una rápida depreciación por el transcurso del tiempo hay que prever la posibilidad legal de ordenar su venta, sin consentimiento del propietario. Igualmente hay que contemplar la posibilidad de que se ordene la destrucción de los bienes bloqueados o decomisados cuando su posesión constituya un delito (drogas), o producto del delito (bienes falsificados) o bien, constituyan un peligro para la salud pública.<sup>53</sup>

### III. Conclusiones

Como cabe observar, las propuestas realizadas no necesitan, en buena parte de los casos, grandes reformas legales, sino el establecimiento de protocolos de actuación que permitan superar los bloqueos informativos y la mejora puntual de algunos instrumentos

jurídicos. No me parecen útiles otras propuestas excesivamente criminalizadoras, como la de creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes “injustificados” para perseguir los productos del delito en aquellos casos en que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados por su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas.<sup>54</sup>

Ya a un nivel más elevado, no tanto jurídico como político, habría que plantearse si algunos aspectos de la lucha contra la delincuencia organizada no han exacerbado precisamente el problema que se quería solucionar. Es importante destacar que las oportunidades que explotan las organizaciones criminales, en general, están creadas por la prohibición de determinados tráficó, muy en particular los de drogas y personas, mercados que no serían tan lucrativos si se despenalizara de forma controlada el tráfico de drogas o se regularan de forma más humana las migraciones internacionales.<sup>55</sup>

### IV. Bibliografía

- Alldrige, P., *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003.
- Bacarese, A., “The Role of Intelligence in the Investigation and Tracing of Stolen Assets in Complex Economic Crime and Corruption Cases”, en *International Centre for Asset Recovery, Tracing Stolen Assets. A practitioner’s handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 37-48.
- Bertossa, B., “What makes asset recovery so difficult in practice?”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 19-27.
- Bester, H. et al., *Implementing FATF Standards in Developing Countries and Financial Inclusion: Findings and Guidelines*, First Initiative, Washington DC, 2008. Disponible en: [http://www.cenfri.org/documents/AML/AML\\_CFT%20and%20Financial%20Inclusion.pdf](http://www.cenfri.org/documents/AML/AML_CFT%20and%20Financial%20Inclusion.pdf).

<sup>52</sup> Véase, entre otros, Williams, M.R., Holcomb, J.E., Kovandzic, T.V. y Bullock, S., *Policing for profit. The abuse of civil asset forfeiture*, Institute for Justice, Arlington, 2010. Disponible en: [http://www.ij.org/images/pdf\\_folder/other\\_pubs/assetforfeituretoemail.pdf](http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf), en relación con la situación en Estados Unidos.

<sup>53</sup> Véase lo dispuesto en FATF, *Best practices*, op. cit., pp. 9 y 10.

<sup>54</sup> Así se plantea en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que ‘el delito no resulte provechoso’”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008, p. 7.

<sup>55</sup> Véase las propuestas en este sentido del Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1991. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc1.pdf>; y *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Málaga, 1997. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc4.pdf>.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

- Blanco Cordero, I., “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en Fabián Caparrós, E. *et al.*, (dirs.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, Inacipe, México, 2012, pp. 337-371. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf).
- Cassella, S.D., “The case for civil forfeiture: why in rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds from crime”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 1, pp. 8-14.
- Cavanagh, B., *A review of reinvestment in financial investigation from the proceeds of crime*, Scottish Government Social Research, Edinburgo, 2011. Disponible en: [www.scotland.gov.uk/social-research](http://www.scotland.gov.uk/social-research).
- Claman, D., “The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 333-352.
- Daniel, T. y Maton, J., “La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 133-154.
- García Ramírez, S., *Delincuencia organizada*, 3ª ed., Porrúa/UNAM, México, 2002.
- Goredema, C., “Recovery of Proceeds of Crime: Observations on Practical Challenges in sub-Saharan Africa”, en *International Centre for Asset Recovery, Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 23-36.
- Görg, S., *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2010.
- Grayson G., *Mexico, Narco Violence and a Failed State?*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.
- Greenberg, T.S., Samuel, L.M., Grant, W. y Gray, L., *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington DC, 2009. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR\\_Publication\\_-\\_Non-conviction-based\\_Asset\\_Forfeiture\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forfeiture_S.pdf).
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1991, disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc1.pdf>.
- \_\_\_\_\_, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Málaga, 1997. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc4.pdf>.
- Hoyer, P. y Klos, J., *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 2ª ed., Erich Schmidt, Bielefeld, 1998.
- Jensen, N. y Png, C.-A., “Implementation of the FATF 40+0 Recommendations. A perspective from developing countries”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 2, 2011.
- Jorge, G. (Dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, en Jorge G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. XIII-XXXII.
- \_\_\_\_\_, “El decomiso del producto del delito”, en Jorge G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 67-106.
- Kennedy, A., “Justifying the civil recovery of criminal assets”, *Journal of Financial Crime*, vol. 12, núm. 1, pp. 8-23.
- Levi, M., “Criminal Asset-Stripping. Confiscating the Proceeds of Crime in England and Wales”, en Edwards, A., *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security*, Routledge, Londres-Nueva York, 2003, pp. 212-226.
- Mitsilegas, V., “Countering the chameleon threat of dirty money: ‘hard’ and ‘soft’ law in the emergence of global regime against money laundering and terrorist finance”, en Edwards, A. y Gill, P. (eds.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, Routledge, Londres, 2003, pp. 195-211.
- \_\_\_\_\_, *Money laundering counter-measures in the European Union. A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles*, Kluwer Law International, La Haya, 2003.
- \_\_\_\_\_, “International regulation of money laundering and terrorist finance”, en Keramidas, G. (ed.), *International and European Financial Criminal Law*, LexisNexis Butterworths, Surrey, 2006, pp. 41-64.

- Moneyval, 3<sup>rd</sup> *Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*, Consejo Europeo, diciembre de 2010, p. 8. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview_en.pdf).
- Nelken, D., "Using the Concept of Legal Culture", *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, 2004, pp. 1-26.
- \_\_\_\_\_, "Rethinking Legal Culture", en Freeman, M. (ed.), *Law and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 200-224.
- Nelken, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- Nelken, D. y Feest, J. (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Nikolov, N., "General characteristics of civil forfeiture", *Journal of Money Laundering Control*, 14(1), 2011, pp. 16-31.
- Philip, G., "Introduction: Mexico's struggle against organized crime", en Philip, G. y Berruecos, S., *Mexico's struggle for public security. Organized crime and State responses*, Pallgrave, New Cork, 2012, pp. 1-12.
- Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008.
- Quintero, M.E., "Extinción de dominio y reforma constitucional", *Iter Criminis*, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008.
- Quintero Olivares, G., "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 1-20. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>.
- Rui, J.P., "The Civil Asset Forfeiture Approach to Organised Crime. Exploring the Possibilities for an EU Model", *Eucrim*, núm. 4, 2011, pp. 153-161. Disponible en: [http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim\\_11-04.pdf](http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim_11-04.pdf).
- Segrelles de Arenaza, I., "El partícipe por título lucrativo: Un aspecto de delincuencia patrimonial y económica", *La Ley*, núm. 5, 2000, pp. 1918-1925.
- Stephenson, K.M. et al., *Barriers to Asset Recovery*, The World Bank/UNODC, Washington, 2011.
- Williams, P., "El crimen organizado y la violencia en México: una perspectiva comparativa", *Istor*, año 11, núm. 42, pp. 15-40.
- Williams, M.R., Holcomb, J.E., Kovandzic, T.V. y Bullock, S., *Policing for profit. The abuse of civil asset forfeiture*, Institute for Justice, Arlington, 2010. Disponible en: [http://www.ij.org/images/pdf\\_folder/other\\_pubs/assetforfeituretoemail.pdf](http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf).
- Young, N.M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009.

