

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA, LEÓN

UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRÍA PROFESIONAL EN DERECHO PENAL Y DERECHO
PROCESAL PENAL

PRIMERA EDICIÓN



Tesis de investigación para optar al grado académico de Magíster en Derecho con énfasis
en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

**EL COMISO COMO INSTRUMENTO PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS
PRODUCTO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL EXTRANJERO A
TRAVÉS DE ASISTENCIA LEGAL MUTUA ENTRE NICARAGUA Y
LATINOAMÉRICA**

Autor: Lic. Jean Dylan Rivas Falcón

Tutor académico: Dr. Marcelo Castillo Monterrey

León, Nicaragua, abril de 2019

“A la Libertad por la Universidad”



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA DE
NICARAGUA - LEÓN

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Derecho Público
Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho
procesal penal
Primera Edición (Bienio 2017/2019)

CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL/LA TUTOR/A DE LA TESIS DE INVESTIGACIÓN COMO FORMA DE CULMINACIÓN DE ESTUDIOS DE MAESTRÍA

El suscrito Profesor **Marcelo Antonio Castillo Monterrey**, Tutor del discente **Jean Dylan Rivas Falcón**, informa favorablemente de la investigación titulada **“El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto del delito de lavado de activos en el extranjero a través de asistencia legal mutua entre Nicaragua y Latinoamérica”**, realizada durante la primera convocatoria del periodo de investigación y elaboración de los Trabajos de Fin de Maestría (TFM) de la primera edición del Programa de Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal (Bienio 2017/2019) de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León), por cumplir con la aptitud, pertinencia y calidad científicas mínimas requeridas y la estructura académica básica como forma de culminación de estudios para optar al **Título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho penal y Derecho procesal penal** por la misma Universidad.

Asimismo, hago constar que la tesis de investigación cumple con lo estipulado en los anexos: Área, líneas y temáticas específicas de investigación 2018/2023; Instructivo para la formulación de artículos científicos como Trabajos de Fin de Especialidad y Fin de Maestría y; Modelo de citas de referencia de fuentes de conocimiento para elaboración de Trabajos de Fin de Especialidad y Fin de Maestría, todos del programa de postgrado referido.

Por todo lo anterior y de conformidad con los Artículos 14, 21 y 38 del Reglamento de Estudios de Postgrado de la UNAN-León aprobado en Sesión No. 260 del Consejo Universitario, del día 21 de julio del año 2014 y; del numeral XIV del Programa de Postgrado y Reglamento Interno del Programa de Postgrado: Maestría Profesional en Derecho penal y Derecho procesal penal, en mi calidad de Tutor, expreso mediante este informe mi debida **AUTORIZACIÓN** para la presentación de la aludida tesis de investigación ante la Comisión Académica del Programa de Postgrado para que sea sometida a consideración de dicha instancia la aprobación de su disertación y defensa pública ante Tribunal Examinador especialmente constituido.

Autorizado en la ciudad de León, a los ocho días del mes de abril del año dos mil diecinueve.

Fdo.

Prof. Dr. Marcelo Antonio Castillo Monterrey

Tutor

RESUMEN: Para combatir la criminalidad organizada transnacional, los Estados centran sus esfuerzos en atacar el aspecto económico de este tipo de Criminalidad, siendo esta la nueva estrategia de política criminal. Para conseguirlo, el comiso, considerado una medida *sui generis*, adquiere relevancia y se convierte en el instrumento eficaz para recuperar los activos producto del delito, incluso cuando los activos se encuentren en una jurisdicción extranjera. En este artículo se determinará un concepto de comiso tras el análisis de legislaciones comparadas y normas supranacionales, asimismo las diferentes modalidades del comiso y su naturaleza jurídica. Se analizará el comiso, su regulación y la forma o procedimiento establecido en la legislación nicaragüense para recuperar activos localizados en el extranjero.

ABSTRACT: To battle transnational organized crime, the States focus their efforts on attacking the economic aspect of organized crime, this being the new strategy of criminal policy. To achieve this, confiscation, considered a sui generis measure, it acquires relevance and becomes the effective instrument to recover the active product of crime, even when the assets are located in a foreign jurisdiction. In this article, a concept of confiscation will be determined after the analysis of comparative legislations and supranational norms, as well as the different modalities of confiscation and its legal nature. The confiscation, its regulation and the form or procedure established in the Nicaraguan legislation to recover assets located abroad.

PALABRAS CLAVES: Comiso, crimen organizado, lavado de activos, recuperación de activos, asistencia legal mutua.

KEY WORDS: Confiscation, organized crime, money laundering, assets recovery, mutual legal assistance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE COMISO, TIPOS DE COMISO Y SU NATURALEZA JURÍDICA. III. EL COMISO COMO INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTOS DE LA COMISIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. IV. EL COMISO Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL NICARAGÜENSE. V. LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, PIEZA FUNDAMENTAL DENTRO DEL SISTEMA DE LUCHA

CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DE ACTIVIDADES ILÍCITAS, FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO A LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA. VI. ORGANISMOS INTERNACIONALES/ GRUPOS INTERGUBERNAMENTALES QUE COADYUVAN A LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS. VII. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS A TRAVÉS DEL COMISO EN UNA JURISDICCIÓN EXTRANJERA (CENTROAMÉRICA) SEGÚN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE. VIII. CONCLUSIONES. IX. FUENTES DE CONOCIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

La delincuencia organizada transnacional se dedica a la comisión de delitos graves, con el objetivo de obtener grandes beneficios económicos. Para que esta empresa criminal sea rentable, deben de disponer de manera plena de sus ganancias; en este punto el lavado de activos toma un papel principal, debido a que este patrimonio ilícito se reinvierte a la economía legal, a través de las diferentes manifestaciones del lavado de activos. Por ello la nueva estrategia de política criminal dejó de ser hace décadas exclusivamente la imposición de penas privativas de libertad a los autores de los delitos.

La nueva estrategia de política criminal se centra en la recuperación de activos asociados a actividades ilícitas. El comiso¹ de los bienes productos del delito es el instrumento necesario y eficaz para recuperar los activos originados de las actividades delictivas realizadas por los grupos de delincuencia organizada. En este sentido, la problemática radica en determinar si existe la posibilidad de recuperar activos, cuando en Nicaragua se está llevando una investigación o se está juzgando una persona sea nacional o no, que tenga los activos en un país extranjero.

¹ Los términos comiso y decomiso son empleados en diferentes legislaciones de manera similar. La diferencia radica en que el decomiso es aplicado en el ámbito administrativo y el comiso se impone en el ámbito penal. En Nicaragua, se emplea el término decomiso. Pero en el presente trabajo se utilizará el término comiso que es característicos del ámbito penal.

Respecto a lo anteriormente expuesto, el presente trabajo tendrá como objetivo general analizar la eficacia del comiso como un instrumento para recuperar activos en el extranjero producto del delito de lavado de activos establecido en la legislación nicaragüense a través de la asistencia legal mutua. Para alcanzar este objetivo se plantean como objetivos específico, los siguientes: determinar el concepto de comiso, la finalidad y naturaleza jurídica de los diferentes tipos de comiso; analizar la regulación del comiso en la legislación nicaragüense y la forma de administración de los bienes comisados; determinar si en Nicaragua, existen investigaciones o procedimientos para identificar y congelar activos extrapenalmente; y determinar el procedimiento establecido en la legislación nicaragüense para rastrear y recuperar activos en una jurisdicción extranjera.

La presente investigación es de tipo documental, la cual se trabajó con objetos teóricos-conceptuales y se utilizó fuentes de tipo documental. El alcance de la investigación es de carácter sistematizador y divulgativo, debido a que define y determina una serie de conceptos que se relacionan entre sí, los cuales en su conjunto cumplen con la función de identificación, inmovilización y recuperación de activos productos del delito, a través de la figura del comiso y da a conocer la regulación del comiso en nuestra legislación y cómo puede ser utilizada como instrumento de recuperación de activos productos del tipo penal de lavado de activos en una jurisdicción extranjera.

Se utilizó el método analítico, mediante el cual se analizó la figura del comiso en todas sus dimensiones, así como su eficacia para recuperar activos productos del lavado de activos en el extranjero, el cual se encuentra vinculado a la criminalidad organizada, desde el punto de vista de la legislación nacional, supranacional y de Derecho Comparado. Igualmente, se utilizó el método de síntesis con el fin de mostrar una completa visión del concepto de comiso, de sus distintos tipos y su relación con la criminalidad organizada. También, se utilizó el método descriptivo, debido a que se evaluaron las características del procedimiento con el que cuenta Nicaragua, para recuperar activos localizados en una jurisdicción extranjera; y la utilización del método deductivo, para analizar al sistema jurídico nicaragüense en materia de comiso y su aplicación en el extranjero a través de asistencia legal mutua.

Se utilizaron fichas de contenidos que permite resumir y dominar la información existente en diferentes fuentes documentales sobre la figura del comiso. Principalmente se analizó doctrina (libros, tesis, artículos o publicaciones científicas), el contenido de leyes e Instrumentos Internacionales, también información de sitios web, la cual está disponible en forma física y en formato digital.

II. CONCEPTO DE COMISO, TIPOS DE COMISO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

El comiso es una figura jurídica que se encuentra en la legislación penal de muchos países, pero es hasta las últimas décadas que ha tomado una gran relevancia, debido a la internacionalización de la criminalidad organizada y cuyo propósito medular es la obtención de beneficios económicos por medio de la comisión de delitos.

Para determinar el concepto de comiso veremos algunas legislaciones comparadas, como la española y la alemana, debido a que son dos de los países más influyentes en el Derecho penal continental; asimismo se analizarán normas supranacionales y doctrina. Lo que nos permitirá definir de manera más acertada esta figura jurídica.

1. ESPAÑA

En términos generales la doctrina española lo define como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva. La pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, así como el correlativo cambio en la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *Ipsa Iure* y su traslado directo e inmediato a favor del Estado.² Estos elementos antes dichos no son característicos de la figura del comiso en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, pues su naturaleza jurídica, fines, límites y fundamentos, dependerán de las características asumidas por cada ordenamiento jurídico.

² VARGAS, Patricia, *El Comiso del Patrimonio Criminal*, Salamanca, Tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca, 2012, p. 21.

La legislación española reguló la figura del comiso de manera general en el art. 127 CP español. Esta normativa ha sufrido varias reformas, siendo las más importantes las realizadas mediante la LO 15/2003 de 25 de noviembre, LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015 de 30 de marzo.³

Con estas reformas, se desvinculó el comiso de la pena y se autorizó al juez imponer la medida del comiso aún en los casos donde no se haya impuesto una pena, pero sí se haya puesto en evidencia una situación patrimonial ilícita. Mediante la LO 15/2003 se amplió la figura del comiso y se incluyó los instrumentos con los que se ha preparado la infracción y no solo los de la ejecución. Una de las novedades más importantes fue la implementación de la figura del comiso de bienes por valor equivalente y mediante la LO 5/2010 se extendió el ámbito de aplicación del comiso al exigir al judicial la imposición del comiso sobre los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Situación en que se debe de presumir como proveniente de esa actividad el patrimonio de todas las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización criminal terrorista, o por un delito de terrorismo, cuyo valor sea desproporcionado respecto a los ingresos legales de cada una de estas personas.

Mediante la reforma de 1/2015, el comiso sufre otra ampliación. Con esta reforma, el comiso se debe aplicar cuando los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada, sean provenientes de los siguientes delitos: de trata de persona; delitos informáticos; delitos contra el patrimonio en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; delitos contra la propiedad intelectual o industrial; delito de lavado de activos; delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; delitos contra los derechos de los trabajadores y todos los delitos de corrupción. En esta situación se debe de presumir como

³ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y Ley Orgánica 1/2015 por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.

proveniente de esa actividad todo el patrimonio de las personas condenadas que hayan realizado cualquiera de los delitos antes mencionados.⁴

2. ALEMANIA

En Alemania, el comiso se reguló como una herramienta esencial para afrontar esta forma de criminalidad.⁵ En el ordenamiento alemán se prevén dos consecuencias distintas en función del bien aprehendido. El comiso (*Verfall*) priva de las ganancias patrimoniales obtenidas por el delito o derivadas del mismo, y la confiscación (*Einziehung*) de los objetos que son el producto o que han sido empleados en su preparación o ejecución. Ambas se regulan en el Título VII, junto a las sanciones contra la propiedad y pertenecen, con las medidas de mejora y seguridad, a las denominadas «medidas», previstas en el § 11.1º StGB (Código Penal Alemán).⁶

⁴ Respecto a a la normativa española antes analizadas, PAHUL ROBREDO señala que: la ampliación del comiso en España, responde a criterios de seguridad y eficiencia, pero también se ajusta a las políticas y pautas de la Unión Europea junto con otras de carácter internacional. En el momento en el que surge, esta política criminal dirige su mirada hacia las ganancias obtenidas por las organizaciones criminales derivadas de sus actividades ilícitas. Teniendo como consecuencia que el sistema de garantías se comprima más ante la extensión de los alcances del crimen organizado de carácter transnacional. Concretamente respecto del comiso se observan diversas modificaciones tanto en el plano sustantivo como en el procesal, que tienden a hacer más operativa esta figura. Ahondando en esta realidad, esta autora cita a DE LA CUESTA ARZAMENDI, quien aduce que “razones de eficiencia llevan a proyectar nuevas modalidades procesales, cuya compatibilización con las reglas del Estado de Derecho se presenta muchas veces como muy cuestionable. En, PAHUL ROBREDO, María, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado*, Salamanca, Tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca, 2013, pp. 262- 265.

Véase el sentido crítico de estas reformas, en AGUADO CORREA, Teresa, “Comiso: crónica de una reforma anunciada”, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, InDret, 2014, 1-56 p.

⁵ ESER, Albin, “La Evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del Siglo XX”, en ARROYO ZAPATERO, L.A./GÓMEZ DE LA TORRE, I.B. (Coord.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 273.

⁶ ROIG TORRES, Margarita, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2016, 199-279, p. 215.

El comiso se regula en los §§ 73 al 73.e StGB. En cuanto a su naturaleza jurídica, tanto el Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) como el Tribunal Supremo (Bundesgerichtshof) han declarado que no es una medida de mejora y seguridad, ni una pena, al no estar vinculado a la culpabilidad. Se trata de una medida sui generis, consistente en requisar las ganancias patrimoniales obtenidas ilegalmente con un fin preventivo, por cuanto la realización de un delito no debe suponer un beneficio para su autor o partícipe, ni para los terceros amparados por ellos, por lo tanto, si el autor o partícipe ha obtenido “algo” por el hecho o derivado directamente de él y lo posee en el momento de resolver, el órgano judicial ordenará el decomiso.⁷ El § 73 StGB regula el comiso ampliado. Modalidad de comiso controvertida, pues encierra una inversión de la carga de la prueba, por lo que un sector doctrinario señala que va en contra del principio de inocencia y el derecho a la propiedad.⁸

La Confiscación («Einziehung»), se regula de manera general en el § 74 StGB⁹ y solo está permitida cuando los objetos pertenezcan al autor o al partícipe o los objetos pongan en peligro a la comunidad según su clase y circunstancias, o exista el peligro de que se utilicen para cometer hechos antijurídicos. Por lo tanto, recae sobre los objetos producto del delito, y sobre los empleados para ejecutarlo o para prepararlo, o que estuvieran destinados a cometerlo.

Debido a que la problemática de la criminalidad organizada no atañe a un solo país, por ser tan compleja en su sistema y funcionamiento que trasciende las fronteras, las líneas de política criminal se han configurado de una manera supranacional, por lo que existe un

⁷ *Ibidem*, pp. 216-217. En el mismo sentido ROIG TORRES, Margarita, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2018, 547-604, p. 559-560.

⁸ Véase por todos, ROIG TORRES, Margarita, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *loc. cit.*, p. 222 y ROIG TORRES, Margarita, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, *loc. cit.*, pp. 562-579.

⁹ § 74 StGB: “De cometerse un delito doloso, el tribunal puede confiscar los objetos que se obtuvieron mediante el hecho punible o que se hayan utilizado para su comisión o preparación, o se hayan destinado a tal fin”.

particular interés de los Estados para llegar a acuerdos en temas elementales como el comiso, con el fin de que la persecución de estos grupos organizados sea más ágil y eficaz.

3. NORMAS SUPRANACIONALES

A) CONVENCIÓN DE LA NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (VIENA, 1988).

El art. 1, literal f) de la Convención define el comiso como "...la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente." Siguiendo en este mismo artículo, en su literal p) se define a los productos como "... los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad al párrafo I del artículo 3". Y según el literal q) del mismo artículo (1), se entiende por bienes "...los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles y raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos".

En otras palabras, el comiso es la privación con carácter definitivo por un tribunal competente de cualquier activo, sobre el cual recae un derecho de propiedad o cualquier otro derecho y se habla de definitivo, pues se produce un cambio en la titularidad del activo, que pasa de manera inmediata a un tercero, en este caso el Estado.

También, en el artículo 5 de la Convención, señala los bienes sobre los cuales debe de recaer el decomiso. Lo más interesante que establece la Convención, se refiere a la posibilidad de los Estados partes para implementar la inversión de la carga de la prueba, respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso.

B) CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (PALERMO, 2000).

El propósito primario de la convención es promover la cooperación para prevenir y luchar con mayor eficacia contra la delincuencia organizada que opera en el ámbito internacional. En relación con el comiso es muy similar a la Convención de Viena de 1988. En el sentido

de que da contenido a los mismos vocablos comiso, bienes y productos del delito, diferenciándose cuando se trata del producto, pues, no remite a determinadas infracciones.¹⁰

El artículo 12 de esta convención está dedicado al tema del comiso; de igual forma los Estados adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo uno del artículo 12, con miras a su eventual comiso. Este mismo artículo 12, habla de la inversión de la prueba, al señalar que los Estados podrán considerar la posibilidad de exigir al sujeto investigado que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso.

C) CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (MÉRIDA, 2003)

Al igual que las Convenciones antes examinadas, define los vocablos bienes, productos del delito y decomiso en los mismos términos. En su artículo 31, en 10 incisos se regula lo referente al decomiso, y al igual que las anteriores Convenciones en este artículo se utiliza el mismo modelo para decomisar el producto del delito o de bienes por su valor equivalente; el decomiso de los instrumentos; el del producto que haya sido transformado, o mezclado con otros bienes de origen lícito y el de los beneficios derivados de este producto, asimismo con términos similares regula el tema de la inversión de la carga de la prueba sobre el origen ilícito de los bienes; lo referente a los terceros de buena fe. Debemos de tener en cuenta que la convención de Mérida prevé el comiso de los activos relacionados a los delitos de corrupción. Pero uno de los aspectos más importantes de esta convención es el tema de la recuperación de activos, desarrollado en el artículo 52 y siguientes, pues plantea los mecanismos para devolver los activos a su propietario legítimo.

En conclusión, tras el análisis de la doctrina, legislación española y alemana y los instrumentos internacionales en materia de comiso. Podemos determinar que el concepto de comiso es el de una medida *sui generis*, que tiene como finalidad la pérdida del producto, bienes, instrumentos y ganancias relacionados con la infracción delictiva, la pérdida del

¹⁰ VARGAS, Patricia, *op. cit.*, p. 38.

dominio de manera definitiva como efecto sustantivo penal e inmediato, así como el cambio en la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *Ipsa Iure* y su traslado directo e inmediato a favor del Estado.

4. TIPOS DE COMISO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

La figura del comiso ha sido implementada en el mundo de manera diversa, a como lo vimos anteriormente. En especial a las convenciones de las Naciones Unidas antes relacionadas, que establecen la figura del comiso de manera general y su incorporación a la legislación de un determinado Estado, dependerá del ordenamiento jurídico propio de ese país. Se puede implementar el comiso de los instrumentos usados en el delito, de los productos y ganancias del delito, además del comiso de bienes de valor equivalente a los bienes que no pueden recuperarse, el comiso ampliado y comiso sin condena o extinción de dominio.

A) COMISO DEL PRODUCTO Y DE LAS GANANCIAS DEL DELITO

Esta modalidad de persecución del producto del delito se concreta, en la sentencia que declara la responsabilidad penal individual del procesado.

Las Convenciones de las Naciones Unidas (Viena de 1988, Palermo de 2000 y Mérida de 2003) definen el vocablo de productos en los mismos términos. La doctrina establece que por objetos producidos, podemos entender tanto aquellos que se obtienen o se crean directa o indirectamente por la conducta ilícita, como aquellos otros que preexistiendo han visto transformada su naturaleza o composición por la realización de este comportamiento.¹¹ La transformación de las ganancias alcanza, por tanto, no solo a las ganancias originales sino

¹¹ CASTILLO MONTERREY, Marcelo, “Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción”, en Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2012, 403-416, p. 406

cualquier bien en que éstas se hayan transformado, cualquier bien que haya ocupado su lugar, que las haya sustituido.¹²

Este tipo de comiso encuentra su razón de ser en el enriquecimiento generado por la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso. La obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial es, pues, el fundamento de este instituto jurídico.¹³

B) COMISO DE BIENES POR UN VALOR EQUIVALENTE

En el artículo 127,3 del Código Penal Español se establece una definición de comiso de bienes por un valor equivalente, entiéndase éste el que recae sobre otros bienes que son parte del patrimonio de los responsables del hecho, lo anterior cuando no sea posible aplicar el comiso directamente sobre los instrumentos con los que se preparó o ejecutó el delito o falta dolosa, o sobre los efectos y las ganancias procedentes de dicha conducta.¹⁴

Respecto a la naturaleza de esta figura, en virtud de su carácter sustitutorio, estará en función de la naturaleza del comiso que supla. Esto es así, porque esta modalidad de comiso entra en juego para suplir -en el sentido de ocupar su lugar o completar- al comiso del producto del delito cuando este comiso no puede cumplir o solo puede cumplir parcialmente el fin que tiene asignado. De aquí se deriva que el fundamento y el fin del comiso de otros bienes por un valor equivalente en estudio coinciden con el fundamento y el fin del comiso de productos o ganancias.¹⁵

C) EL COMISO AMPLIADO

Tratándose de la criminalidad organizada, los instrumentos jurídicos convencionales no son suficiente para combatirla y es por eso que se requieren respuestas más agresivas, pues

¹² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas”, *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, No. 19, Huelva, Universidad de Huelva, 2007, 162-177, p. 165.

¹³ *Ibidem*, p. 166.

¹⁴ VARGAS, Patricia, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵ CASTILLO MONTERREY, Marcelo, *op. cit.*, p. 409.

debido al fin de su actuar, se generan grandes ganancias, que si bien se pueden vincular a la organización, no siempre se logran relacionar con la persona física sometida al proceso o con los hechos concretos a juzgar. Es en este punto que surge la figura del comiso ampliado o de potestad ampliada.

El objetivo de esta modalidad es brindar una base normativa apta para fundar la presunción del origen delictivo de los bienes cuya adquisición ilícita no puede demostrarse y cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales del inculpado. En el caso español no es necesario demostrar una relación causal racional entre el delito y los bienes que posee el autor de éste, siempre y cuando sea en el seno de un grupo delictivo organizado o se haya cometido un delito de terrorismo.¹⁶

En la legislación alemana, se prevé en el § 73 StGB. Es una modalidad de comiso que según la doctrina tiene el propósito de facilitar el comiso de los beneficios obtenidos en el ámbito de la criminalidad organizada, en esencia busca confiscar los beneficios que proceden de un hecho distinto al enjuiciado.¹⁷ En lo anteriormente señalado, se da una inversión de la carga de la prueba y es el inculpado el que tiene que demostrar el origen lícito de su patrimonio.

En este sentido y en el caso particular de Italia, resulta paradigmática *la confisca allargata* prevista en la ley antimafia. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos esta figura es una medida de seguridad y no una sanción penal. Para este tribunal, la presunción de inocencia no es aplicable a este comiso, como no lo es a todas las medida de seguridad porque no presuponen la imputabilidad y la culpabilidad de la persona.¹⁸

En otras palabras, el comiso ampliado busca desvincular los actos concretos del sujeto titular del bien en relación con el origen del bien mismo, de modo tal que las ideas de pertenencia a la organización y tenencia de bienes es suficiente para poder vincular esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de tener que probar la

¹⁶ *Ibidem*, pp. 411-413.

¹⁷ VARGAS, Patricia, *op. cit.*, p. 313.

¹⁸ CASTILLO MONTERREY, Marcelo, *op. cit.*, p. 415.

efectiva participación (en sentido técnico-penal) del poseedor del bien en un acto delictivo concreto. Pero se tiene que introducir un criterio limitador de índole cuantitativa, para no llegar al absurdo de pretender extender el comiso a la absoluta totalidad de los bienes que una persona tiene. En este sentido, se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal.¹⁹

D) COMISO SIN CONDENA O EXTINCIÓN DE DOMINIO

El comiso de activos sin condena penal es una herramienta considerada fundamental para la recuperación de los productos y los instrumentos de la delincuencia organizada y del terrorismo. Se trata de un mecanismo legal que prevé el control, la captura y comiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal.²⁰

Ambas figuras tienen sus bases en la Recomendación número 3 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Asimismo, en lo dispuesto en la letra c) del apartado 1 del art. 54 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida 2003), donde se insta a los Estados integrantes que consideren el comiso de los productos del crimen sin necesidad de condena en los siguientes términos: “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”.

El decomiso sin condena pretende la adopción de reglas procesales que permitan desarrollar autónomamente la pretensión de comiso más allá de los límites investigativos marcados por la pretensión penal, en un delito que aún no ha sido fallado, estableciendo normas

¹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 12-r2, 2010, r2:5. Disponible en: criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf.

²⁰ AGUADO CORREA, Teresa, “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013, 05:1-05:27, pp. 05:10-05:11. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>.

adecuadas para llegar al reconocimiento del comiso, así la pretensión penal principal no logre satisfacerse. Se desarrolla a través de una acción *in rem* (contra la cosa); no va requerir una declaración de responsabilidad ni condena penal previa; no exige una demostración de sus presupuestos bajo el criterio de certeza o más allá de duda razonable, pues basta con realizar un juicio de valor conforme al balance de probabilidades y puede variar de jurisdicción (penal o civil). Respecto a su autonomía e independencia frente al proceso penal no es clara; por el contrario, la tendencia actual, es que el comiso sin condena siga atado al rito penal, como predomina en algunos modelos como el español, el paraguayo, y el panameño.²¹

En el presente trabajo, a propósito no se profundizara sobre la figura de extinción de dominio, ya que por sus características y complejidad, será objeto de un estudio posterior, pero hare una diferencia de esta respecto al comiso sin condena.

La extinción de dominio no es tan solo una simple acción, sino que es, en el fondo, el mismo instituto del comiso penal visto desde una perspectiva *in rem*, que se investiga y reconoce a través de un procedimiento no penal. Al igual que el comiso, se contempla como una consecuencia jurídica *sui generis* de carácter patrimonial derivada de una actividad ilícita.²²

La diferencia entre el comiso sin condena y la extinción de dominio, pese a tener las mismas bases, no poseen el mismo tratamiento jurisdiccional y no tiene la misma autonomía. En Latinoamérica la extinción de dominio, tiene como su máximo impulsor al país de Colombia. Al igual que éste en países como México, Honduras y Guatemala, existen leyes sobre extinción de dominio y en países como Costa Rica, Argentina y Panamá

²¹ SANTANDER, Gilmar, “La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso Ampliado”, en BLANCO CORDERO, I. *et al. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* [en línea], Washington, D.C, Organización de los Estados Americanos – OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), 2017, pp. 488-489. [consulta:] Disponible en: http://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf.

²² *Ibidem*, p. 494.

existe una iniciativa para introducir la figura de la extinción de dominio en sus legislaciones. En todas estas leyes y proyectos, se dice que la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial. Se tramita en un proceso autónomo e independiente de cualquier otro proceso, busca declarar la titularidad a favor de Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.²³

En otras palabras, el carácter autónomo de la acción de extinción de dominio se predica de su total liberación del rito penal, pues a diferencia del comiso sin condena, la extinción de dominio no requiere de la preexistencia de un proceso penal o de cualquier otra acción sancionatoria, puesto que tiene su propio objeto, fines y presupuestos, y se vale generalmente, de sus propias pruebas de dominio²⁴. Es decir, no requiere que el titular de derechos sobre el bien pretendido haya sido condenado o, por lo menos investigado a través de alguna otra acción, ya sea penal, civil o administrativo.

III. EL COMISO COMO INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTOS DE LA COMISIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.

La estrategia de política criminal, para hacer frente al lavado de activos ha experimentado cambios extraordinarios durante los últimos tiempos. Esta estrategia, se caracteriza por una regulación muy estricta para prevenir, detectar y sancionar el lavado de activos.²⁵

²³ Ley No. 1708 de 20 de enero de 2014, por medio de la cual el congreso de Colombia expide el Código de Extinción de Dominio; Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2009; Decreto No. 26-2010, Ley sobre Privación definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, Tegucigalpa, 16 de junio de 2010; Decreto No. 55-2010, Ley de Extinción de Dominio, según del Congreso de la República de Guatemala, cobró vigencia el 29 de junio de 2011. En el mismo sentido, VARGAS, Patricia, “La extinción de dominio: una aproximación desde los derechos fundamentales”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n°10, Universidad de Costa Rica, 2018, 1-23, p. 5. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/33902>

²⁴ SANTANDER, Gilmar, *op. cit.*, p. 415.

²⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales, Estudio del

A consecuencia de lo anterior, los Estados han aprobado normas administrativas con el objetivo de prevenir la comisión del delito de lavado de activos, impidiendo el acceso del dinero sucio al sistema financiero. Ejemplo de esto son las normas creadoras de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), en el caso de Nicaragua, es la Unidad de Análisis Financiero (UAF)²⁶, cuya función esencial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas que podrían estar vinculadas al Lavado de Activos.

La filosofía que se ha adoptado en la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como “*follow the money*”, que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. Es por ello, que los acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada ordenan a los legisladores intervenciones contundentes sobre los bienes de los responsables de delitos. Esas intervenciones van desde el comiso y la restitución de lo adquirido sin título, hasta la incriminación directa de la tenencia injustificable de bienes²⁷.

El comiso, instrumento de índole penal “secundario” durante años, en las últimas décadas adquiere relevancia y se figura como el instrumento eficaz para recuperar activos provenientes del delito de lavado de activos y de esta manera al atacar el patrimonio criminal, se combate la criminalidad organizada transnacional. Asimismo, es un elemento de política criminal eficaz para contrarrestar la impunidad, teniendo en cuenta que en la actual lucha contra la criminalidad ya no podemos entender impunidad como aquella acción ilícita que queda sin castigo. Pues debemos reconocer que también resultan impunes aquellas acciones que generan producto o ganancia ilícita, a pesar de que se ha condenado al autor del delito.

Cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, *EGUZKILORE*, n°23, San Sebastián, 2009, 117-136, p. 117.

²⁶ Creada por la Ley No. 793, “Ley Creadora de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 22 de junio de 2012, No. 117, pp. 4614-4619. Derogada por la Ley No. 976, “Ley de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 20 de julio de 2018, No. 138, pp. 4733-4741.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *loc. cit.*, r2:2.

Ahora bien, ¿el comiso es realmente eficaz? Para contestar esta interrogante y determinar si cumple con su misión asignada, debemos de medir su eficacia. Cuestión que es complicada pero no imposible. Las autoridades públicas persiguen prevenir y sancionar el lavado de activos. Determinar qué criterios utilizar para saber si realmente ello se consigue y si cumple con los efectos o fines disuasorios, y evitar si se continúan llevando operaciones de lavado de activos, es difícil. Los indicadores pueden ir desde el número de condenas por el delito de lavado de activos, hasta la cuantía de bienes decomisados o incluso el número de comunicaciones de operaciones sospechosas.²⁸ Pero en Nicaragua las instituciones del sistema de justicia, (Ministerio Público, Policía Nacional y Poder Judicial) no brindan tales datos, pese a que fueron solicitados. A falta de estos datos, difícilmente podemos determinar la eficacia del sistema. La cual está entre si la norma es aplicable y si cumple con su objetivo.

Pese a poder obtener estas cifras, no expresarían los efectos preventivos del sistema, esto es, no se conoce si realmente disuade a los delincuentes de cometer sus hechos delictivos, o a los delincuentes de realizar sus actividades de lavado, porque no existe un método preciso para determinar si el sistema de lucha contra el blanqueo de capitales es eficaz para lograr sus objetivos.²⁹ Además, está comprobado que el volumen de dicha recuperación es muy bajo en comparación con los ingresos y ganancias del delito.

Ejemplo de ello, en el año 2011, la Organización de Naciones Unidas presentó un informe sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional, donde se hace un intento de calcular las utilidades anuales de la criminaliza organizada. Este estudio arrojó como resultado una serie de cifras que deben causar profunda preocupación en todos los países, ya que calcula los ingresos del crimen organizado entre un 2.3 al 5.5 del PIB Mundial; cifras que causan preocupación, pero causa mayor alarma, el dato de este mismo estudio, donde señala que menos del 1% de esas ganancias ilícitas, logra ser recuperado o incautado por las autoridades.³⁰ En otras

²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, *loc. cit.*, p. 126.

²⁹ *Ídem*, p.126

³⁰ SANTANDER, Gilmar, “SANTANDER, Gilmar, *op. cit.*, p. 430.

palabras la delincuencia organizada transnacional se queda con el 99 % de sus ganancias ilícitas.

Estadísticamente, en lo que respecta al lavado de activos relacionado con los delitos de tráfico de drogas, el número de casos parece muy pequeño en un país de conocida exposición al tráfico de drogas (ruta de tránsito); respecto a esto el comiso en el delito de lavado de activos, cuando tiene como delito precedente al tráfico de droga, casi siempre se da, cuando el autor transporta o traslada de manera oculta dinero en efectivo, que es proveniente del tráfico de drogas lo que hace muy fácil su comiso, pero muy pocas veces se da cuando se procesa a una persona o grupo organizado que se dedica al tráfico de droga, y sus ganancias se han transformado significativamente, ni hablar cuando el delito precedente pueda ser un delito distinto a los relacionados con el narcotráfico.

Otro punto cuestionable, es que en Nicaragua no contamos con un sistema que obstaculice o regule la inflación punitiva, como si lo hay en los países escandinavos, en Nicaragua se hacen leyes sin estudios previos sobre la pertinencia de esa ley, lo que limita su eficacia. A manera de ejemplo la eficacia del sistema legislativo sueco está basada en la existencia de elementos evaluativos y de racionalidad legislativa³¹, con los siguientes rasgos: el sistema de comités de investigación; la fase de consultas obligatoria; la existencia del Centro Nacional Sueco de Prevención del Delito; un sistema de control constitucional y el debate parlamentario.³² Rasgos que permiten, generar oportunidades políticas para un «legislador» en muchas ocasiones cautivo por la falta de información, de imaginación y de recursos comunicativos.

Con un sistema así, el comiso en su estado actual o pensando en una posible reforma, obtendría la eficiencia ideal para contribuir a la represión y prevención de la criminalidad organizada, al poder recuperar los activos productos del lavado de activos, de manera eficaz.

³¹ MAROTO, Manuel, “Evaluación y racionalidad político criminal en los procedimientos legislativos: el ejemplo de Suecia”, en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz (Dirs.), *Hacia una Evaluación Racional de las Leyes Penales*, España, Marcial Pons, 2016, 179-199, p. 196.

³² *Ibidem*, pp. 196-198.

IV. EL COMISO Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL NICARAGÜENSE

En Nicaragua el comiso se encuentra regulado en el Libro Primero, Título V del Código Penal de Nicaragua³³, en el capítulo único sobre el decomiso y otras consecuencias, específicamente el artículo 112³⁴. Debido a su ubicación en un título aparte al de la pena y las medidas, se reafirma que el comiso en nuestra legislación tiene una naturaleza jurídica distinta a una pena o medida de seguridad, pues se trata de una consecuencia *sui generis* del delito.

El comiso en Nicaragua se concreta en la sentencia que declara la responsabilidad penal individual del procesado.

Según lo dispuesto en el art. 112 del CP, es evidente que en Nicaragua es aplicable el comiso del instrumento, producto y de las ganancias provenientes del delito. El comiso en Nicaragua prevé la pérdida de los bienes a favor del Estado, y solo puede recaer sobre los productos (efectos), instrumentos, ganancias provenientes de la realización del hecho delictivo y los de bienes adquiridos con el valor de dichos efectos. Como se estableció anteriormente debemos de entender por objetos producidos, aquellos que se obtienen o se

³³ Ley No. 641, “Código Penal de Nicaragua”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, Nos. 83, 84, 85, 86 y 87, pp. 2700-2846. Norma jurídica que en lo siguiente se denominara abreviadamente como “CP”.

³⁴ CP, art. 112: “Toda pena que se imponga por un delito doloso, imprudente o falta, llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan, o de bienes adquiridos con el valor de dichos efectos, de los instrumentos con que se haya ejecutado o hubieren estado destinados a su ejecución, o de las ganancias provenientes de la infracción penal, cualesquiera que sean las transformaciones que pudieran experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito y que los haya adquirido legalmente.

Los efectos, instrumentos o ganancias decomisados se venderán si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado; si no lo son, se les dará el destino que corresponda y, en su defecto, se inutilizarán. Cuando se trate de armas de fuego o de guerra, pasarán a disposición de la Policía Nacional o del Ejército de Nicaragua, según corresponda.”

Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se satisfagan completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

crean directa o indirectamente por la conducta ilícita, también aquellos otros que preexistiendo se han visto transformada su naturaleza o composición por la realización de este comportamiento ilícito. La transformación de las ganancias alcanza, por tanto, no solo a las ganancias originales sino cualquier bien en que éstas se hayan transformado, cualquier bien que haya ocupado su lugar, o que las haya sustituido y por instrumentos, los bienes utilizados en la comisión del delito.

El art. 112 del CP, prevé el comiso de los instrumentos, productos y ganancias provenientes de un delito imprudente. También según la redacción del el art. 112 del CP, el comiso no puede afectar los derechos que tengan los terceros de buena fe sobre los bienes, siempre y cuando este tercero no tenga ningún vínculo con el hecho que haga procedente el comiso. De igual forma el artículo 61 de la Ley No. 735³⁵ y su reforma por la Ley No. 959³⁶, establece el procedimiento que tiene el tercero de buena fe para acreditar su derecho y exigir la devolución del bien ya sea en depósito o de manera definitiva. Pero en el caso que se logre demostrar que el tercero carece de buena fe y ha actuado de testafarro, se deberán de deducir las responsabilidades penales y civiles y proceder al comiso de los bienes.

En Nicaragua, los activos objeto de comiso solo pueden ser rastreados en función de la jurisdicción penal. No cuenta con una Ley sobre comiso sin condena, ni está siendo redactada o considerada por el momento.

1. FORMA DE REGISTRO, GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS, COMISADOS O ABANDONADOS EN NICARAGUA

El artículo 43 de la Ley N°. 735, establece la creación de la Unidad Administradora de Bienes Incautados, Decomisados o Abandonados, en adelante UABIDA, provenientes de los delitos a que se refiere la Ley N°.735. Esta Unidad será un ente descentralizado, con

³⁵ Ley No. 735, “Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 19 y 20 de octubre de 2010, Nos. 199 y 200, pp. 5635-5670.

³⁶ Ley No. 959, “Ley de Reforma y Adición a la Ley No. 735, “Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados””. En La Gaceta, Diario Oficial, de 18 de octubre de 2017, No. 198, pp. 9346-9347.

personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía técnica y administrativa, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.³⁷

La UABIDA tiene como objeto la recepción, administración, guarda, custodia, inversión, subasta, donación, devolución o destrucción de bienes, objetos, productos e instrumentos de las actividades delictivas a que se refiere la Ley N° 735. En los delitos que se refiere la Ley N° 735, la autoridad judicial ordenará el depósito judicial exclusivamente a cargo de la UABIDA, la que a su vez podrá ordenar el depósito administrativo, según corresponda conforme los criterios establecidos en la Ley. Y cuando proceda el comiso en causas seguidas por esos delitos, la autoridad judicial los ordenará a favor de la Unidad y pondrá los bienes a su disposición.³⁸

En el caso de que se tratare de bienes en dinero, títulos valores, certificados de crédito e instrumento monetario, o cualquier otro medio o efecto de esa naturaleza que sean incautados, retenidos, secuestrados u ocupados, deberán ser entregados o depositados dentro de las veinticuatro horas a la UABIDA, la que mantendrá una cuenta en un banco del sistema financiero nacional. De igual forma la UABIDA podrá invertir el dinero bajo cualquier figura financiera ofrecida por los bancos, que permitan maximizar los rendimientos y minimizar los riesgos.³⁹ Cuando los bienes incautados, retenidos, secuestrados u ocupados sean perecederos, deberán entregarse inmediatamente a la UABIDA, quien procederá a su venta en subasta pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su ocupación. En estos casos el propietario que haya sido imputado o acusado no podrá oponerse a la venta ni objetar el procedimiento.⁴⁰ También se establece que si no se logra la venta mediante subasta pública, tales bienes serán entregados al Sistema Penitenciario Nacional o a cualquier otra institución pública, cuestión es arbitraria, puesto que en un dado caso el procesado sea declarado no culpable, dichos bienes no le serán devueltos y no tendrá compensación alguna.

³⁷ Delitos de delincuencia organizada, establecidos en el art. 3 de la Ley N° 735.

³⁸ Art. 44 de la Ley No. 735.

³⁹ Art. 48 de la Ley N°735.

⁴⁰ Art. 49 de Ley N° 735.

Si se ocupare o secuestrare un inmueble habitado por la familia del procesado, el mismo seguirá sirviendo de morada para sus familiares con los que hubiera convivido antes de su incautación. La designación de depositario se dejará sin efecto en caso de demostrarse en el proceso, que el depositario hubiere tenido participación en el hecho sujeto a juzgamiento; en caso que los bienes inmuebles no se ocupen como habitación por el núcleo familiar del procesado, o que estén desocupados, serán dados en depósito a la Procuraduría General de la Republica (PGR), para su debida preservación y eventual comiso.⁴¹

Respecto a los bienes muebles, su distribución provisional será Inmediatamente después de su ocupación, una vez agotadas las diligencias de investigación correspondiente, de conformidad a lo establecido en el art. 56 de la Ley N° 735. Este mismo precepto, establece que en caso de vehículos de transporte de carga o transporte público, de uso agrícola, industrial o de construcción, yates de lujo, así como los vehículos automotores cuyo cilindraje exceda los tres mil centímetros cúbicos, deberán ser subastados y el producto de la venta pública será distribuido en la forma establecida en la presente Ley. Tal situación resulta ilógica, teniendo en mente el principio de presunción de inocencia que cobija a toda persona procesada, debido a que se procede a la venta de los bienes, cuando ni siquiera hay una sentencia firme de culpabilidad y orden de comiso de tales bienes, porque en este caso se está realizando la distribución del dinero de la venta de manera provisional.

De igual forma cuando se dicté sentencia firme de culpabilidad, los bienes serán asignados a las instituciones que se les entregó provisionalmente o distribuidos conforme lo establece la Ley y el dinero decomisado, abandonado u obtenido por la venta de bienes en subasta será distribuido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Tesorería General de la República para ser usado única y exclusivamente en programas, proyectos y fines de prevención, investigación y persecución de los delitos a que se refiere la Ley, así

⁴¹ Art. 51 de la Ley N° 735 y art. 41 del Decreto N° 70-2010, “Reglamento de la Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 22 de noviembre de 2010, No. 223, pp. 6306-6315.

como en programas de rehabilitación, reinserción social, elaboración de políticas públicas, coordinación interinstitucional y protección de personas, relacionados con el enfrentamiento del crimen organizado y sus consecuencias. Así mismo la distribución de los activos se hace anualmente conforme las necesidades operativas que presenten las siguientes Instituciones: Policía Nacional; Ministerio Público; Ministerio de Educación; Ministerio de Salud; Corte Suprema de Justicia; Sistema Penitenciario Nacional; Consejo Nacional Contra el Crimen Organizado; y UABIDA.⁴²

Para el caso que se dictara resolución firme, de desestimación o falta de mérito, sobreseimiento o sentencia de no culpabilidad, en la que se ordene la devolución de bienes, la UABIDA procederá a su entrega inmediata a su legítimo propietario. Cuando el bien objeto de la devolución haya generado utilidades de cualquier tipo éstas deberán ser entregadas por la UABIDA al legítimo propietario o poseedor y si los bienes objeto de la devolución no fueran reclamados en el plazo de dos años para los bienes muebles y diez años para los bienes inmuebles contado a partir de la firmeza de las resoluciones indicadas, se consideraran abandonados y prescribirá a favor del Estado cualquier interés o derecho sobre ellos.⁴³

En Nicaragua no se cuenta con una Oficina de Recuperación de Activos, siendo la UABIDA una oficina de gestión de activos, que coadyuva de alguna manera a recuperar los activos que son generados por la comisión de delitos de delincuencia organizada. Lamentablemente y pese a que la Ley N° 735 se encuentra vigente desde el año 2010, nueve años después, la UABIDA no está en funcionamiento, pues ni siquiera se ha creado. Por lo que la recepción, administración, guarda, custodia, inversión, subasta, donación, devolución o destrucción de bienes, objetos, productos e instrumentos de las actividades delictivas a que se refiere la Ley. Queda al arbitrio de las instituciones que son parte del sistema de justicia, siendo la Policía Nacional, la que en muchos casos está bajo el resguardo de los bienes durante todo el proceso. Pero lo más turbulento, es la forma de distribución del dinero y de los bienes muebles o inmuebles comisados, pues al no

⁴² Art. 58 de la Ley N° 735.

⁴³ Art. 60 de la Ley N°735

funcionar la UABIDA, no hay garantía que tales bienes sean distribuidos conforme lo establece la Ley, de hecho, la ciudadanía en general y las leyes que rigen las actuaciones de todos los funcionarios del Estado, exigen transparencia en cada una de sus actuaciones. No saber dónde van a parar y en que son utilizados dichos los bienes y a como hemos señalado anteriormente, las ganancias de la criminalidad organizadas son altamente lucrativas. Cuestión que puede prestarse a corrupción.

En la práctica, no hay un procedimiento o parámetro establecido para la distribución de los bienes que tendría que administrar la UABIDA. Esta distribución de bienes se realiza mediante reuniones interinstitucionales en las cuales se decide el destino de cada bien.

A) DIFERENCIA ENTRE LA UABIDA Y UNA OFICINA DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

La Decisión 2007/845/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2007, establece que cada Estado miembro creará o designará un organismo nacional de recuperación de activos a fin de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil.

Para recuperar y luego gestionar los variados bienes incautados de actividades delictivas los Estados han adoptado mecanismos que persiguen garantizar una administración eficaz y rentable de los mismos. Estos mecanismos se centran en la creación de un organismo a quien se encomienda esta tarea, que se denomina en términos generales ARO y AMO, siglas de las expresiones inglesas *Assets Recovery Office* (oficina de recuperación de activos) y *Assets Management Office* (oficina de gestión de activos), respectivamente.⁴⁴

La oficina de recuperación de activos, tiene la función principal de realizar las investigaciones patrimoniales, con la finalidad de localizar los bienes embargados o

⁴⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel, *La recuperación de activos frente a la corrupción*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, p. 150.

decomisados en un proceso penal, siempre que se acredite previamente tal circunstancia. Mientras la oficina de gestión de activos tiene la finalidad de conservar y administrar los bienes, pudiendo celebrar los contratos o encomiendas necesarias, previéndose también realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos ocupados. Incluso en ciertas legislaciones como la española, es un híbrido de ambas, es decir recupera activos y gestiona dichos activos.⁴⁵ En conclusión, la UABIDA según lo analizado anteriormente, no es una oficina de recuperación de activos, sino una oficina de gestión de activos, puesto que tiene como objeto la recepción, administración, guarda, custodia, inversión, subasta, donación, devolución o destrucción de los activos.

2. CONGELAMIENTO DE ACTIVOS MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO EXTRA PENAL EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE (CONGELAMIENTO ADMINISTRATIVO)

Antes de desarrollar el presente apartado, debemos de definir que es congelar o inmovilizar activos, para ello tomaremos la definición establecida en el art. 4, numeral 12 de la Ley No. 977,⁴⁶ precepto que literalmente señala: “Es la medida que prohíbe, congela, suspende e interrumpe por completo toda transferencia, traslado, traspaso, conversión, cambio, disposición o movimiento de activos. Los activos inmovilizados siguen siendo propiedad de las personas naturales o jurídicas que tenían interés en los mismos al momento de la inmovilización y pueden continuar siendo administrados por el Sujeto Obligado, en la forma que determine la autoridad judicial.”

De igual forma, estableceremos la diferencia entre congelamiento y comiso. La Recomendación Especial IV del GAFI, estipula que cada país debería ejecutar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas; y que debería también adoptar y ejecutar las medidas, incluidas las legislativas, que permitieran a las autoridades

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 162-167.

⁴⁶ Ley No. 977, “Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 20 de julio de 2018, No. 138, pp. 4733-4755.

competentes embargar y decomisar los bienes procedentes, utilizados, destinados o preparados para financiar el terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas.

De esta recomendación, se logra distinguir que se tratan de medidas de distinta naturaleza, por un lado el congelamiento de fondos es una medida provisional que implica 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; sin perjuicio, por cierto, del derecho del interesado a acudir a un tribunal de justicia para defender sus derechos y de modo que se encuentre garantizado en el caso el control jurisdiccional debido.⁴⁷ El embargo es una medida de carácter procesal, que tiene el fin de asegurar la efectividad del comiso. El cual deberá ser decretado por un órgano jurisdiccional, si bien dado el alto riesgo que en algunas circunstancias existe de que estos bienes desaparezcan, se oculten o sean transferidos antes de que el órgano jurisdiccional pueda acordar su embargo preventivo, en algunos ordenamientos jurídicos se faculta a la fiscalía ordenar el embargo y luego convalidar ante un juez de garantías.⁴⁸

Mientras el comiso, es una medida *sui generis*, que implica en pocas palabras la definitiva privación de la propiedad o dominio de activos, con la consiguiente transferencia de los bienes al Estado, la cual no es una medida procesal, sino una consecuencia accesoria del delito y se materializa mediante sentencia firme,

En Nicaragua, con el fin de evitar la obstrucción de una investigación se puede congelar o inmovilizar activos antes del proceso judicial. Esto puede ser solicitado como una medida precautelar por el Ministerio Público o la Policía Nacional de conformidad a lo normado en

⁴⁷ CUISSET, André, “Guía práctica de prevención, detección y represión del financiamiento del terrorismo”, Comité Interamericano contra el Terrorismo-Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 440.

⁴⁸ AGUADO CORREA, Teresa, “Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿Futuro?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, 265-320, pp. 285-286.

el art. 35, literales b) y f) de la Ley N° 735⁴⁹. Mediante esta normativa se pueden congelar activos que han sido transferidos a un tercero; instrumentos, productos y ganancias del delito y otros bienes que pertenezcan o estén conectados a la persona investigada.

De igual forma el congelamiento o inmovilización de activos, puede ser solicitado durante el proceso penal propiamente dicho. Se solicita como una medida cautelar al tenor del art. 167, numeral 2, literal c) del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua. (CPP)⁵⁰

A parte del congelamiento de activos antes o durante el proceso penal, en Nicaragua se pueden congelar activos mediante un procedimiento extra penal. Este tipo de congelamiento es administrativo, y se da a través de la inmovilización de fondos u otros activos en virtud de la implementación de las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas contra el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y el financiamiento de estas actividades.

El art. 40 de la Ley N° 777, establece que se definirá mediante reglamento las autoridades y procedimientos para dar cumplimiento a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establezcan sanciones financieras selectivas contra personas naturales, personas jurídicas u organizaciones criminales vinculadas con el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y el financiamiento de estas actividades.

En este sentido el art. 17 del Decreto 15-2018⁵¹, establece que las autoridades que vigilaran a los sujetos obligados, para que cumplan la implementación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, serán los supervisores establecidos en el art.

⁴⁹ Art. 35 de la Ley N° 735, Medidas precautelares en la investigación: b) El embargo de bienes y su respectiva anotación preventiva en los registros correspondientes y f) La inmovilización de las cuentas bancarias y otros productos financieros del imputado o los imputados, testaferros o de personas que se hayan beneficiado directa o indirectamente por los delitos cometidos.

⁵⁰ Ley N° 406, “Código Procesal Penal de la República de Nicaragua”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 21 y 24 de diciembre de 2001, Nos. 243 y 244, pp. 7044-7102. Art. 167, numeral 2, literal c): la inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores.

⁵¹ Decreto N° 15-2018, “Reglamento de la Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 3 de octubre de 2018, No.190, pp. 6660-6666.

30 de la Ley N° 777⁵², quienes estarán facultados para ordenar a los sujetos obligados que inmovilicen sin demora los fondos o activos de personas naturales, personas jurídicas u organizaciones criminales que hayan sido designadas y solicitar a la autoridad judicial que convalide la inmovilización de fondos o activos de personas naturales, personas jurídicas u organizaciones criminales designadas. Toda inmovilización de fondos o activos practicada conforme este artículo quedará supeditada a convalidación de autoridad judicial, la que será solicitada dentro de un plazo de veinticuatro horas luego de practicada la inmovilización. Esto último será realizado por el Ministerio Público, previo aviso de la UAF⁵³.

Respecto a la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas contra el terrorismo y su financiamiento, se seguirá utilizando el Decreto 17-2014, donde se establece el procedimiento para implementar las resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011) y sucesivas, Resolución 1988 (2011) y sucesivas y Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.⁵⁴

Con lo anteriormente dicho, se deja por sentado que el congelamiento administrativo de fondos solo puede ser utilizado contra personas naturales, personas jurídicas u organizaciones criminales vinculadas con el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y el financiamiento de estas actividades. En el caso de que se investigue un el delito de lavado de activos, solamente se puede emplear un congelamiento de fondos mediante la aplicación de la medida precautelar, establecida en el art. 35 de la Ley N° 735. O que el delito de lavado de activos tenga como delitos precedentes los mencionados delitos.

⁵² Art. 30 de la Ley N° 777: La Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras; a Comisión Nacional de Micro finanzas (CONAMI); El Colegio de Contadores Públicos de Nicaragua y La Unidad de Análisis Financiero (UAF).

⁵³ Art. 27 del Decreto N° 15-2018.

⁵⁴ Decreto N° 17-2014, “Para la aplicación de medidas en materia de inmovilización de fondos o activos relacionados con el terrorismo y su financiamiento conforme las Resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011) y sucesivas, Resolución 1988 (2011) y sucesivas y Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la organización de las Naciones Unidas.”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 31 de marzo de 2014, No. 61, pp. 2486-2491

V. LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, PIEZA FUNDAMENTAL DENTRO DEL SISTEMA DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS PROVENIENTES DE ACTIVIDADES ILÍCITAS, FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO A LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA.

Las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)⁵⁵, fueron creadas para apoyar a los Estados en la lucha contra el lavado de activos por parte de las organizaciones criminales. Son organismos centrales encargados de recibir (y solicitar cuando sea necesario), analizar y transmitir a las autoridades competentes, las revelaciones de información financiera requeridas por la legislación o reglamentación nacional, y relativas a los productos de origen presuntamente criminal.⁵⁶

La creación de una UIF es una medida importante de la lucha contra los delitos financieros. Por ello, debe basarse en consideraciones de política penal propias de cada país, y las características fundamentales de la UIF deben ser compatibles con el marco de supervisión, los sistemas jurídico y administrativo y las capacidades técnicas y financieras del país.⁵⁷

En Latinoamérica, la creación de las UIF, corresponden a los siguientes criterios extractados de las definiciones planteadas por el Grupo Egmont, recomendaciones del GAFI y del reglamento modelo de la CICAD/OEA⁵⁸: Servir de filtro entre el Sistema Financiero y el Ministerio Público o la Autoridad competente según legislación propia de los Estados, para analizar y procesar información financiera a fin de establecer con más certeza su relación con una actividad criminal. Ofrecer las garantías necesarias a la confidencialidad de la información financiera sospechosa transmitida por el sector

⁵⁵ En Nicaragua se le denomina Unidad de Análisis Financiero (UAF), por lo tanto cuando se hable de la UAF, se debe de entender que también se hace referencia a una UIF.

⁵⁶ CUISSET, André, *op. cit.*, p. 412.

⁵⁷ Fondo Monetario Internacional, “*Unidades de Inteligencia Financiera: Panorama General*”, Washington, D.C, Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004, p.4. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 412-413.

financiero y económico obligado por la política de prevención del lavado de activos y llevar a la autoridad pública competente para la represión de las actividades criminales, únicamente la información que podría constituirse en prueba de operaciones de lavado.

Estos entes han demostrado su accionar tanto en materia preventiva de lavado de activos dentro del Sistema Financiero de los Estados y en materia investigativa como brazo operativo de las autoridades competentes, para coordinar una acción penal por lavado de activos, hace totalmente necesaria su existencia.

En Nicaragua, la Unidad de Análisis Financiero (UAF), fue creada mediante la Ley N°793⁵⁹, según esta Ley, la UAF es un Ente descentralizado con autonomía funcional, técnica, administrativa y operativa, con personalidad jurídica, patrimonio propio, especializada en el análisis de información de carácter jurídico, financiera o contable dentro del sistema de lucha contra el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas y financiamiento al terrorismo.⁶⁰ La Ley N° 793, fue derogada por la Ley N° 976, pese a esto la personalidad jurídica de la UAF ha existido sin solución de continuidad desde el inicio de la Ley N°793. Es decir desde su creación mediante Ley.

A continuación, se hará un análisis jurídico de la Ley N° 976, Ley de la Unidad de Análisis Financiero de 2018 y su función principal en el combate del lavado de activos.

1. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA UAF EN NICARAGUA

A) RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Pueden recibir o solicitar reportes de operaciones sospechosas, otros reportes o cualquier otra información relacionada a dichos reportes a los sujetos obligados.⁶¹ De igual forma al

⁵⁹ Ley No. 793, “Ley Creadora de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 22 de junio de 2012, No. 117, pp. 4614-4619. Derogada por la Ley No. 976, “Ley de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 20 de julio de 2018, No. 138, pp. 4733-4741.

⁶⁰ Art. 2, Ley N° 793.

⁶¹ Art. 5, Ley N° 976. La misma Ley, en su art. 2, 8 define que los sujetos obligados son: personas naturales o jurídicas, señaladas en la Ley de la materia, que tienen la responsabilidad de implementar obligaciones de prevención, detección y reporte de actividades potencialmente vinculadas al lavado de activos. Son entidades financieras o no financieras definidas por las normas internas, generalmente son Entidades dedicadas a

Ministerio Público o a cualquier entidad pública o privada. Entendiéndose estas últimas, cualquier personas naturales o jurídicas en conocimiento de actividades ilegales relacionadas a la materia, incluyendo a las Organizaciones sin Fines de Lucro. En el art. 9 de la Ley N° 977, se establece quienes son sujetos obligados a informar a la UAF directamente y sin poder aducir reserva o sigilo de tipo alguno (personas naturales o jurídicas que desarrollen bajo la forma de instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras). El registro de los sujetos obligados se establece en los artículos 15 de la Ley N°976 y 14, 15, 16 y 17 del Reglamento de la Ley N° 976.

Los sujetos obligados que sospechen que los activos de un cliente están vinculados al LA/FT/FP⁶² y delitos precedentes asociados al LA, al momento de realizar o intentar una operación que el cliente solicite o al concluir el análisis de sus operaciones, deberán reportar estas sospechas inmediatamente a la UAF. Los Contadores Públicos Autorizados, reportarán a la UAF, a través del Colegio de Contadores Públicos de Nicaragua.⁶³ Bajo ninguna circunstancia, los sujetos obligados podrán informar a sus clientes, proveedores de fondos y servicios, asociados, empujados y aliados de negocios que se ha enviado un ROS⁶⁴ a la UAF o se está desarrollando una investigación penal por lavado de activos en contra de él.

La UAF, también podrá obtener información a través del acceso directo de la información contenida en la base de datos de instituciones públicas como la Dirección General de Aduanas, Consejo Supremo Electoral, Dirección General de Ingresos, Instituto Nicaragüense de la Seguridad Social, Dirección General de Migración y Extranjería, Policía Nacional, Poder Judicial, Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones

actividades de intermediación financiera, intermediación de valores, intermediación de seguros, servicios auxiliares de las mismas y algunas profesiones (Contadores Públicos y Notarios), en CUISSET, André, op. cit., p. 414.

⁶² LA: lavado de activos/FT: financiamiento al terrorismo/FP: financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva.

⁶³ Art. 8 de la Ley N° 976

⁶⁴ Reporte de Operación Sospechosa.

Financieras⁶⁵. Sin bien es cierto, esta facultad que tiene la UAF puede ser útil en cuestiones de rapidez y operatividad, no es menos cierto, que se pueden ver violentados ciertos derechos y garantías que poseen las personas investigadas y procesadas. La mayoría de esta información es privilegiada y se encuentra bajo sigilo, por lo que debe de existir un procedimiento legalmente establecido, a través del cual se pueda acceder a esta información, máxime que son sospechas de que una persona está vinculada a LA/FT/FP.

El Ministerio Público, la PGR y la Policía Nacional podrán solicitar información a la UAF, con fines investigativos relacionados a LA/FT/FP y delitos precedentes asociados. Esta información se solicitará a través de los formatos y canales previamente establecidos. Antes la solicitud de la información se daba a través de un requerimiento físico (por carta Detallada). Actualmente la UAF diseñó una plataforma virtual, segura y codificada, mediante la cual las instituciones antes relacionada, envían los requerimientos de información y la respuesta es enviada mediante el mismo canal.

B) CLASIFICACIÓN, ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

La clasificación y el análisis de la información es la razón esencial de existir de las Unidades de Inteligencia o Análisis Financiero, con el objetivo de poder determinar la realidad de la sospecha establecida por las distintas fuentes de información. Las funciones básicas en este punto son: Confirmar el origen (legal o ilegal) de los fondos de la transacción sospechosa denunciada, así como el destino final de los recursos; establecer perfiles usuales o nuevos de procesos y métodos de blanqueo o financiamiento del terrorismo, como medida preventiva y de control sobre otras operaciones a fin de encontrar vinculaciones; acceso a las cuentas y sus movimientos e información financiera de los investigados, en algunos países el acceso directo no es permitido y requiere de la participación del Ministerio Público o de un Juez.⁶⁶

En Nicaragua, la UAF si tiene acceso directo a la información financiera de los investigados, no siendo necesaria la autorización de un Juez. Lo que parece cuestionable

⁶⁵ Decreto No 14-2018, “Reglamento de la Ley de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 3 de octubre de 2018, No.190, pp. 6655-6660.

⁶⁶ CUISSET, André, *op. cit.*, p. 416

desde un punto de vista constitucional, donde el respeto a las garantías y derechos fundamentales son las características principales de un Estado de Derecho. Pero esto encuentra su justificación bajo una estrategia de política criminal más represiva en contra de la criminalidad organizada, que tiene como objetivo el ataque a su patrimonio criminal. Además la UAF se rige bajo un principio de confidencialidad, que abarca a todos sus funcionarios, siempre y cuando esto sea utilizado únicamente para las fines establecidos en Ley, es decir a nivel de inteligencia.

Las acciones investigativas de la UAF, conllevan varias etapas, éstas pueden resumirse en: análisis del ROS, requerimiento Fiscal u otro tipo de reporte; análisis de la base de datos de la UIF; requerimiento de información preliminar para la investigación; análisis de la información preliminar recolectada; establecimiento y requerimiento de muestras de información; requerimiento de información a otras UAF (de otros países); análisis de la información del muestreo; análisis de información adicional de otras fuentes, incluida la de otras Unidades; interpretación y establecimiento de relaciones y exposición de resultados a través de informe o RTC.⁶⁷

C) RESULTADOS DEL ANÁLISIS

La tercera función básica de la UAF es la difusión de la información recibida y de los resultados de los análisis. La capacidad de la UAF para compartir rápidamente inteligencia financiera fiable y datos afines con las autoridades nacionales y extranjeras es crucial para el éxito de su misión.

La función de divulgación de la UIF abarca tres aspectos. Los dos primeros están vinculados a los intercambios de información dentro de un país, y el tercero guarda relación con los intercambios de carácter internacional. El primero se refiere a la responsabilidad de la UIF de transmitir información a las autoridades competentes para que se avance en las investigaciones o enjuiciamientos toda vez que los análisis revelen indicios de lavado de dinero u otra actividad delictiva. El segundo se refiere al intercambio de información entre

⁶⁷ CUISSET, André, *op. cit.*, pp. 417-418.

RTC: Reporte Técnico Conclusivo.

la UIF y otros organismos internos que no reciben los expedientes para fines de investigación o enjuiciamiento. El tercero es el intercambio de información de carácter internacional, sobre todo, aunque no exclusivamente, entre UIF.⁶⁸

Si tras el análisis de ROS, la UIF concluye que una operación o serie de operaciones sospechosas revelan indicios de actividad delictiva, la UIF está obligada a comunicar los resultados de ese análisis a las autoridades competentes para que prosigan la investigación o inicien un enjuiciamiento. En Nicaragua, la UAF comunicará de manera espontánea u oficiosa; o mediante solicitud los resultados de sus análisis a la PGR, al Ministerio Público y a la Policía Nacional. Los Resultados de los análisis operativos de la UAF, junto con los documentos que lo sustente constituirán insumos para la labor investigativa de las autoridades correspondientes, las que deberán mantener la confidencialidad sobre su fuente.⁶⁹

Lo anteriormente dicho, es una prohibición expresa sobre la utilización de los Reportes Técnicos Conclusivos de la UAF como prueba durante un proceso penal. En la Práctica, la PGR, Ministerio Público y Policía Nacional, una vez que reciben el informe final sobre el análisis del ROS, y hay indicios de actividades delictivas se procede a legalizar esta información. Es decir, el Ministerio Público solicita al Juez el levantamiento del sigilo bancario o tributario, de igual forma requiere a otras instituciones públicas o privadas, con la finalidad de recabar la información necesaria de la persona investigada. En un dado caso que la información sea financiera, previa autorización del Juez, el Ministerio Público orienta a la Dirección de Investigaciones Económicas de la Policía Nacional, para que proceda a la elaboración del informe económico, elemento de prueba que si puede ser utilizado en el proceso penal.

Desde el punto de vista práctico y operativo, lo anterior es una pérdida de tiempo, pues la investigación y análisis realizado por la UAF, se tiene que volver a hacer. Pero desde un punto de vista garantista y de respeto a los derechos fundamentales de toda persona investigada o procesada, es correcto. El *ius puniendi* no se puede dejar sin límites. Por lo

⁶⁸ Fondo Monetario Internacional, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁹ Art. 14 de la Ley n° 976.

tanto, lo hecho por la UAF debe ser convertido en prueba mediante los mecanismos judiciales correspondientes.

Todo régimen contra el lavado de activos integral y eficaz debe permitir el intercambio de información entre distintas UIF para facilitar la cooperación internacional. En el ámbito internacional, las UIF intercambian inteligencia con otras UIF para reforzar el análisis de los ROS y la recopilación de inteligencia. Al compartir información entre sí, las UIF, los organismos policiales internos y otros “usuarios” locales de inteligencia financiera pueden buscar y obtener rápidamente información de otros gobiernos para prevenir, detectar y enjuiciar delitos de lavado de dinero.⁷⁰

Cabe señalar que si bien facilita la obtención de inteligencia financiera, la información intercambiada entre las UIF no puede ser utilizada como prueba en procesos penales. A fin de proporcionar pruebas para casos penales, los países por lo general recurren a procedimientos de asistencia judicial recíproca.

2. GRUPO EGMONT DE UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA

Como expresamos anteriormente, todo régimen contra el lavado de activos integral y eficaz debe permitir el intercambio de información entre distintas UIF para facilitar la cooperación internacional. En este punto, surge el Grupo Egmont como un cuerpo unido de 159 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). El cual proporciona una plataforma para el intercambio seguro de experiencia e inteligencia financiera para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. El Grupo Egmont continúa apoyando los esfuerzos de sus socios internacionales y otras partes interesadas para hacer efectivas las resoluciones y declaraciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los Ministros de Finanzas del G20 y el Grupo de Acción Financiera (GAFI).⁷¹

El Grupo Egmont reconoce que compartir inteligencia financiera es de suma importancia y se ha convertido en la piedra angular de los esfuerzos internacionales para contrarrestar el LA / FT. Las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de todo el mundo están obligadas por las normas internacionales a intercambiar información y participar en la cooperación

⁷⁰ Fondo Monetario Internacional, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹ *The Egmont Group*, 2019 [consulta 27-03-2019]. Disponible en <https://egmontgroup.org/en/content/about>.

internacional. Como foro internacional de inteligencia financiera, el Grupo Egmont facilita e impulsa esto entre sus UIF miembros.⁷²

La cooperación trans-fronteriza entre UIF incrementa la efectividad de cada UIF y contribuye al éxito de la lucha global contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En este sentido el Grupo Egmont, diseñó los estatutos del Grupo Egmont de unidades de inteligencia financiera, los cuales son vinculantes para todos los miembros. Por consiguiente, en caso de incumplimiento significativo y relevante con lo establecido en estos documentos, dichos miembros estarán sujetos al Proceso de Apoyo y Cumplimiento del Grupo Egmont.⁷³ Estos estatutos señalan que Todos los miembros fomentarán en la mayor medida posible la cooperación y el intercambio de información con otras UIF del Grupo Egmont a partir del principio de reciprocidad o mediante acuerdos mutuos y siguiendo las reglas básicas establecidas en los Principios.⁷⁴ Estos principios señalan el procedimiento para intercambio de información entre las UIF, los cuales son vinculantes entre los miembros del grupo. Los principios establecen obligaciones tanto para UIF requirente como para la requerida.

Estos principios establecen que las UIF deben intercambiar información con UIF extranjeras, independientemente de su estado; ya sea administrativa, policial, judicial o de otra. También las UIF deben intercambiar información libremente, de forma espontánea y a previa solicitud, sobre la base de reciprocidad y no debe haber una base legal para proporcionar cooperación. Con el fin de llevar a cabo un análisis adecuado, la UIF debe tener acceso a la gama más amplia posible de información financiera, administrativa y policial. Esto debe incluir información de fuentes abiertas o públicas, así como la información pertinente recogida y / o mantenidos por, o en nombre de, otras autoridades y, en su caso, los datos contenidos en el comercio.⁷⁵

⁷² *Ídem*.

⁷³ *The Egmont Group*, Estatutos del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, 2013, p. 5.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁵ *The Egmont Group*, Principios del intercambio de información del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, 2013, p. 4.

Las UIF requirentes, al solicitar la cooperación, deben hacer todos los esfuerzos para proporcionar completa y cuando proceda, la información legal, incluyendo la descripción del caso que se está analizando y la posible relación con el país que recibe la solicitud. También debe proporcionar información a sus homólogos extranjeros, sobre el uso de la información proporcionada, así como en el resultado del análisis realizado, basado en la información proporcionada y debe revelar, a la UIF que procesará la solicitud, la razón para la solicitud, y en la medida posible, el propósito para el que se utilizará la información, y proporcionar información suficiente para permitir a la UIF que recibe la solicitud pueda proporcionar la información legalmente.⁷⁶

Las UIF que reciben la solicitud, deben de tener el poder de intercambiar toda la información requerida, accesible o que se puede obtener, directa o indirectamente por la UIF dentro de las Recomendaciones del GAFI, en particular, en la recomendación 29; y cualquier otra información que puedan obtener o acceder, directa o indirectamente, a nivel interno, con sujeción al principio de reciprocidad. La UIF puede, en su caso, negarse a facilitar información si la UIF requirente no puede proteger la información de manera eficaz y también puede ser rechazado el requerimiento, en su caso, por motivos de falta de reciprocidad o inadecuada cooperación. Todos los casos que se nieguen deben estar justificados, y las UIF deben hacer todos los esfuerzos para proporcionar una explicación cuando no se puede proporcionar la cooperación solicitada.⁷⁷

La Información recibida, procesada o difundida por la UIF, mediante la solicitud debe de estar en protegida en forma segura, intercambiada y solo poder ser utilizada de conformidad con los procedimientos convenios, políticas, leyes y regulaciones aplicables. Esta información intercambiada debe ser utilizada solo para el propósito con el que se solicitó la información. Cualquier difusión de la información a otras autoridades o terceros, o cualquier uso de esta información para fines administrativos, de investigación, procesamiento o judiciales, más allá de los aprobados inicialmente, deben estar sujetos a autorización previa de la UIF requerida. Otro punto clave establecido en los principios, es

⁷⁶ *Ídem*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 5.

como se debe de enviar la información, en este sentido señala que las UIF deben de utilizar la web segura de Egmont u otras redes reconocidas que garantizan niveles de seguridad, fiabilidad y eficacia al menos equivalentes a las de la red segura de Egmont.⁷⁸

Habiendo llegado a la conclusión de que las UIF intercambian información financiera y productos de inteligencia a nivel internacional, lo que se ha convertido en una valiosa herramienta de lucha contra el lavado de activos. El Grupo Egmont toma gran importancia pues propicia el intercambio de información a partir de los principios de reciprocidad o mediante acuerdos mutuos y estimula la cooperación internacional a través del intercambio de información, conocimiento y tecnología para prevenir las conductas delictivas del lavado de activos y la financiación del terrorismo. Lo que coadyuva también al rastreo de activos en jurisdicciones distintas a la nacional.

En la actualidad la UAF de Nicaragua, está en proceso de incorporación al Grupo Egmont, solicitando su credencial como miembro en el año 2014, pero aún no ha sido incorporada.

VI. ORGANISMOS INTERNACIONALES/ GRUPOS INTERGUBERNAMENTALES QUE COADYUVAN A LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.

1. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) es un organismo intergubernamental establecido en 1989 por los ministros de sus jurisdicciones miembros. Los objetivos del GAFI son establecer estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional. El GAFI ha desarrollado una serie de Recomendaciones que son reconocidas como el estándar internacional para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Estas recomendaciones forman la base para una respuesta coordinada a estas amenazas a la integridad del sistema financiero y ayudan a asegurar la igualdad de condiciones. Publicadas por primera vez en

⁷⁸ *Ibidem*, p. 6.

1990, las Recomendaciones del GAFI se revisaron en 1996, 2001, 2003 y la más reciente en 2012 para garantizar que permanezcan actualizadas y pertinentes, y que estén destinadas a ser de aplicación universal.⁷⁹

A) GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT)

Nicaragua es parte del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). Este Grupo es una organización intergubernamental regional que agrupa a 17 países de América del Sur, Centroamérica, América de Norte y el Caribe. Pertenece a la Red Global, dedicándose a la prevención y al combate del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El núcleo de dicha Red Global es el Grupo de Acción Financiera (GAFI), que se encuentra dentro de la estructura de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) en la ciudad de París, Francia. El GAFILAT fue creado como un Grupo Regional al estilo del GAFI, adhiriéndose a las 40 Recomendaciones del GAFI como estándar internacional más reconocido contra el LA/FT/FPADM.⁸⁰

En el GAFILAT, se adhirió a las 40 Recomendaciones del GAFI que es un estándar internacional para prevenir y combatir el lavado de activos. En el presente trabajo, nos enfocaremos en las recomendaciones que abordan el tema de la recuperación de activos a través de asistencia legal mutua mediante el comiso.

Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Los países tienen diversos ordenamientos jurídicos, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden adoptar o trasponer de forma idéntica las del GAFI. Por lo tanto, las Recomendaciones del GAFI, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares.

⁷⁹ FATF-GAFI, 2019 [consulta 27-03-2019]. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/about/howweare/#d.en.11232>.

⁸⁰ GAFILAT, 2019 [consulta 27-03-2019]. Disponible en <http://www.gafilat.org/index.php/es/gafilat/quienes-somos/la-funcion>

La Recomendación número 3 del GAFI, establece que los países deben tipificar el lavado de activos con base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.⁸¹ El GAFI, también establece que los delitos precedentes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad.

En Nicaragua, tenemos tipificado el delito de lavado de activos (art. 282 y 283 CP), el CP de Nicaragua establece que los delitos precedentes deben de estar sancionados en su límite máximo superior con pena de cinco o más años de prisión. Lo cual está en armonía con lo establecido con el GAFI.

En la recomendación número 4⁸², el GAFI establece que los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar, incautar y comisar activos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. También, estas medidas deben incluir la autoridad para: identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a comiso; ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso.

En este sentido, los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los

⁸¹ GAFI, “Las Recomendaciones del GAFI-estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”, OCDE/GAFI, 2018, p. 9. Disponible en: <http://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafi>

⁸² *Ídem*.

bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

Hemos visto en apartados anteriores del presente trabajo de investigación, que Nicaragua tiene implementada en su legislación penal la figura del comiso, pero solo se puede utilizar para recuperar activos que sean productos o ganancias del delito, así como los instrumentos del delito. No puede implementar el comiso de bienes de un valor equivalente, comiso ampliado y comiso sin condena penal. Estos dos últimos, en base a que sus naturalezas características son incompatibles con la Constitución Política vigente, pues en ambos se establecen la inversión de la carga de la prueba, lo que violenta el principio de presunción de inocencia establecido en la Constitución Política⁸³. Respeto al comiso sin condena se estaría violentado el principio de legalidad, debido a que en Nicaragua el comiso solo se materializa a través de una condena penal.

La Recomendación número 37 del GAFI establece que los países deben prestar rápida, constructiva y eficazmente el mayor rango posible de asistencia legal mutua con relación a investigaciones, procedimientos judiciales y procesos relacionados con el lavado de activos, delitos determinantes asociados. También todas las que estén relacionadas a la presentación, búsqueda e incautación de información, documentos o evidencia (incluyendo registros financieros) de las instituciones financieras u otras personas, y la toma de declaraciones de testigos.⁸⁴

En la recomendación 38, el GAFI establece que los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar los activos. Esta autoridad debe ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de comiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. Los países deben contar también con

⁸³ Artículo 34, numeral 1 del “Texto de la Constitución Política de la República de Nicaragua con sus Reformas Incorporadas”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 18 de febrero de 2014, No. 32, pp. 1253-1284. Que será denominada de manera abreviada como “Cn”.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 28.

mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y comiso, lo cual debe incluir la repartición de activos comisados.

En Nicaragua, a como vimos anteriormente no contamos con la figura del comiso ampliado, ni comiso sin condena penal. Respecto a la autoridad competente, analizando de manera sistemática el ordenamiento jurídico nicaragüense, esta autoridad debería de ser la UABIDA, pero a como ya vimos, pese a que su creación está orientada hace más de 9 años, actualmente no está en funcionamiento. Este tema será desarrollado en un apartado posterior

2. EL BANCO MUNDIAL

A) INICIATIVA STAR

El robo de activos públicos constituye un problema de mayor magnitud para el desarrollo y es imposible establecer con precisión el valor exacto de los activos estatales que han sido robados en los países en desarrollo. Cada año se pierden entre 1 y 16 billones de dólares de los Estados Unidos de América por actividades ilegales. Los funcionarios corruptos en los países en desarrollo y en transición saquean hasta US\$40.000 millones de dólares cada año, ocultando esos fondos en el exterior, donde son extremadamente difíciles de recuperar.⁸⁵

Al transferirse los activos robados al exterior, es extraordinariamente difícil su recuperación, pues, por una parte, los países en desarrollo se enfrentan a serios obstáculos como resultado de su capacidad limitada legal, investigativa y judicial, sus inadecuados recursos financieros y su falta de voluntad política.⁸⁶ Esto debilita la capacidad de los países en desarrollo de llevar con éxito sus propias investigaciones y procesos, y localizar el origen, congelar, comisar y devolver los productos de la corrupción al país de origen. Además, estas limitaciones reducen la capacidad de requerir internacionalmente a las jurisdicciones extranjeras en las que se han ubicado los activos robados.

⁸⁵GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Wingate y Gray, LARISSA, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Colombia, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, p. 3.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 4.

La iniciativa StAR, tiene su base legal en La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), que entró en vigor en el año 2005, introduciendo de manera innovadora un capítulo dedicado a la recuperación de activos. En su art. 51, establece que el retorno de los activos se ha identificado como principio fundamental, y se requiere que los Países ofrezcan la medida más amplia de cooperación y asistencia en ese sentido.

La UNCAC creó una serie de mecanismos para la recuperación de activos adquiridos ilícitamente y la cooperación internacional con respecto a la localización del origen, congelación, incautación, comiso y retorno de los activos saqueados, siendo los siguientes: procedimientos adecuados para asegurar que las entidades financieras presten particular atención a actividades sospechosas que incluyan cuentas bancarias privadas de funcionarios públicos prominentes y de miembros de sus familias y asociados cercanos; procedimientos que permitan a un Estado integrante participar como litigante privado en los tribunales de otro Estado integrante, permitiéndole recuperar productos obtenidos mediante corrupción como demandante en su propia acción, como demandante en un proceso de comiso, o como víctima para propósitos de restitución ordenada por el tribunal; legislación interna que posibilite a un Estado reconocer una orden de comiso extranjera y congelar y comisar activos derivados de la corrupción en un Estado extranjero, por medio de sus propias investigaciones; y medidas que permitan el comiso de activos sin condena, en particular en los casos de muerte, huida u otros.⁸⁷

Además, la UNCAC esboza un marco para la cooperación internacional y la disposición de la propiedad comisada por un Estado integrante a petición de otro. La UNCAC habla específicamente de la defraudación de fondos públicos y el lavado de activos públicos defraudados y obliga a un Estado integrante a retornar la propiedad comisada al Estado solicitante. También promueve un plan complementario de leyes internas para lograr el objetivo del retorno de fondos públicos defraudados.⁸⁸

Para contribuir a abordar el escandaloso problema del robo de activos públicos en los países en desarrollo, el Banco Mundial, en asociación con la Oficina de las Naciones Unidas sobre

⁸⁷ Art. 52, 53 y 54 de La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁸⁸ Art.57 de La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Drogas y Crimen (UNODC) lanzaron la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR) en septiembre de 2007. La StAR se concentra en la recuperación internacional de activos, reduciendo las barreras para recuperarlos en los principales centros financieros, formando la capacidad técnica para facilitarlos por parte de los Estados víctima y, en última instancia, contribuir a disuadir tales flujos y eliminar refugios seguros para la corrupción.⁸⁹

Cuando surgió la Iniciativa StAR, esta consideraba que los activos robados se pueden ocultar ya sea en casa o en el extranjero. Dichos activos se ocultaban a menudo en los bancos ubicados en los centros financieros de los países desarrollados, pero con el tiempo, los paraísos financieros comenzaron a aparecer en los países de mercados emergentes, como es el caso de Panamá. Además, las empresas multinacionales de los países desarrollados son la fuente de sobornos pagados a funcionarios públicos en los países en desarrollo. Los delitos de soborno, corrupción y el lavado de activos están íntimamente relacionados; en efecto, el lavado de activos, podría ser visto como el último eslabón de una larga cadena de actos de corrupción. El lavado de activos busca reducir las posibilidades de detectar fondos robados.⁹⁰

La Iniciativa StAr, en su plan de acción busca ayudar a los países en desarrollo a recuperar los activos robados. Mediante dos puntos importantes. Uno de ellos es reducir los obstáculos a que se enfrentan en la búsqueda de la rentabilidad de los activos localizados en otras jurisdicciones. El segundo es el fortalecimiento de las leyes e instituciones que rigen la recuperación de activos en estos países. Así, las acciones se pueden agrupar en dos categorías: la reducción de las barreras en los países desarrollados para recuperar activos robados; y el fortalecimiento de la capacidad de los países en desarrollo para recuperarlos.⁹¹

⁸⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁹⁰ *United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank: Stoles Asset Recovery (Star) initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, DC, 2007. P. 19*

⁹¹ *Vid., United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank: Stoles Asset Recovery (Star) initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, DC, 2007.*

En este sentido, la Iniciativa StAR contribuye a generar y difundir conocimiento sobre recuperación de activos y abogar por la ejecución de medidas que reduzcan las barreras para la recuperación; apoyar los esfuerzos nacionales para formar capacidad institucional en la recuperación de activos, como sistemas efectivos de comiso o capacidad de responder y presentar solicitudes internacionales de asistencia legal mutua y monitorear los fondos recuperados cuando lo soliciten las autoridades nacionales.⁹²

En el año 2017, StAR proporcionó una plataforma para la firma de un nuevo memorando entre Nigeria, Suiza, y el Banco Mundial, mediante el que se establece la devolución de US \$ 321 millones de dólares de los activos recuperados. De igual forma, la iniciativa StAR dio lugar a acciones sustanciales de recuperación de activos robados. Siendo las más notables: la recuperación de US \$ 1,3 billones de dólares producto del delito en Ucrania. A través del compromiso de StAR, el Banco Central de Somalia fue capaz de recuperar US \$ 23 millones de dólares producto de las actividades ilícitas. Así mismo, llevó a cabo diálogos con las autoridades moldavas, para garantizar la búsqueda de un billón dólares en activos, asociados con un fraude bancario, corrupción y lavado de activos, sucedido en 2014. Esto es considerado como el mayor fraude bancario en relación con el tamaño de la economía registrada hasta la fecha en todo el mundo y es una de las cuestiones de más alto perfil en Moldavia. Creó guías, en cooperación con otros organismos internacionales, para los gobiernos, para que estos mejoren la cooperación y coordinación internacional en la lucha contra los fondos adquiridos ilícitamente por personas políticamente expuestas.⁹³

VII. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS A TRAVÉS DEL COMISO EN UNA JURISDICCIÓN EXTRANJERA (CENTROAMÉRICA) SEGÚN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

Parece oportuno destacar que una de los principales límites en la lucha contra la delincuencia transnacional es que los bienes productos de la comisión de un hecho delictivo

⁹² GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Wingate y Gray, LARISSA, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena, op. cit.*, p.7.

⁹³ *Vid.*, United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank: *StAR Annual Report: In 2017/The World Bank, Washington, DC, 2018.*

suelen ser trasladados a otros países con el objetivo de ser lavados, recurriéndose a todo tipo de mecanismos, como puede ser la utilización de paraísos fiscales. Lo que dificulta la investigación y posterior recuperación de estos activos a través del comiso.

Uno de los problemas en los que se pone el acento es que los capitales (delictivos o de otro tipo) en general se mueven sin reparos entre las fronteras, mientras que las leyes internas obligan a los diferentes Estados a proteger a sus nacionales y a mantener su soberanía. Todo ello se traduce en que los grupos delictivos organizados lamentablemente tienen conocimiento de que se pueden valer de las restricciones fronterizas a fin de proteger sus riquezas ilícitas.⁹⁴

En consecuencia los Estados deben de contar con instrumentos que les permitan investigar, cooperar y decomisar bienes. Como lo es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde 2005. Porque esto permite la identificación, inmovilización y posterior comiso de los activos ubicados en una jurisdicción extranjera, lo que resolvería los obstáculos legales, burocráticos del traslado o recuperación de los activos en otro país.

En este sentido, una adecuada puesta en práctica de la recuperación de activos precisa que los encargados de aplicarla, jueces y fiscales, dispongan de los medios para identificar tales activos y establecer su conexión con delitos que los han originado. Ello ha motivado que algunos países hayan creado organismos de recuperación de activos, para mejorar la eficacia de la privación a los delincuentes de sus ganancias, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa. En Nicaragua no contamos con una oficina de recuperación de activos, como hay en España, Colombia o Guatemala.

Merece la pena insistir, en que la existencia actualmente de una delincuencia organizada y transfronteriza, obliga a los diferentes Estados a la cooperación internacional, no solo a los efectos de lograr el castigo penal de los responsables, sino también de cara a lograr la recuperación de los activos procedentes del delito. Por lo tanto, en el presente trabajo abordaremos la forma en que Nicaragua puede requerir a una jurisdicción extranjera, la identificación, congelamiento, incautación y comiso de activos productos de delitos. De

⁹⁴ JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel, *op. cit.*, p. 144.

igual forma se abordará el procedimiento por el cual Nicaragua de respuesta a las asistencia legal mutua en materia de recuperación de activos.

1. EL GAFI COMO ORGANISMOS QUE COADYUVA A LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS ILÍCITOS EN EL EXTRANJERO

Las investigaciones financieras paralelas deberían ser una rutina en cualquier investigación de los delitos que generan ganancias o donde el dinero o los activos se usan con fines. Deben adoptarse medidas efectivas contra los productos del delito, es fundamental que los investigadores puedan, en forma oportuna, identificar a todas las partes (personas físicas o jurídicas) involucradas o vinculadas con la actividad ilegal, como así también identificar todos los activos (y las personas que tienen o controlan esos activos), que podrían estar sujetos a comiso.

Según el GAFI, también se debe de llevar a cabo una investigación financiera del delincuente antes del arresto o antes del momento en que el delincuente se entera que está siendo investigado, incluyendo el rastreo de activos y pasivos, un análisis del patrimonio neto y la comprensión del ingreso y los gastos, según sea adecuado. Esto permitirá resultados más efectivos en términos de congelamiento.⁹⁵ También señala que las autoridades competentes, deben de tener la facultad de congelar activos que puedan ser sujetos, finalmente, al comiso. Dependiendo del derecho o procedimiento nacional, esto puede implicar medidas que afecten a todos los activos de un acusado o solamente activos específicamente enumerados y la facultad de ordenar la restricción o el congelamiento solamente puede tenerla un tribunal o juez, o el fiscal. Como es en el caso de Nicaragua, a excepción del congelamiento administrativo, que la UAF también puede ordenarlo, pero está sujeto a convalidación del juez a solicitud del Ministerio Público.

Las órdenes podrían emitirse en relación con activos específicos o todos los activos del acusado, y pueden tener alcance extra-territorial. De acuerdo con los Estándares del GAFI, los tribunales u otras autoridades deberían poder emitir medidas provisionales que abarquen a los activos ubicados en el exterior, pero por supuesto, sería necesaria la asistencia legal

⁹⁵ GAFI, “Documento del Presidente del GAFI anti lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo para jueces y fiscales”, OCDE/GAFI, 2018, p. 47.

mutua para darle efecto a la orden en un país extranjero. Estos requerimientos a una jurisdicción extranjera, respecto la carga de la prueba no deben ser indebidamente onerosos en la etapa de congelamiento del procedimiento. Simplemente debe de bastar el fundamento razonable para sospechar que el acusado tiene activos derivados del delito o la causa probable para creer que hay bienes que, en el caso de una condena, estarían sujetos al comiso.⁹⁶ Respecto a lo anterior, el objetivo y la intención de las Recomendaciones 4 y 38 del GAFI es que los países tengan mecanismos para administrar y enajenar los activos a nivel nacional y cuando el comiso se coordina con otra jurisdicción.

Según el GAFI, La cooperación internacional es fundamental para el éxito de las investigaciones y procesamientos por LA/FT y también para la recuperación de activos. Las redes de LA y FT generalmente se esparcen a lo largo de múltiples países y las jurisdicciones extranjeras pueden contar con las piezas faltantes de información o pruebas que facilitan un procesamiento exitoso. Por lo tanto, hay que priorizar las solicitudes de asistencia legal mutua que tengan un elemento de LA o FT o que busquen acción urgente para congelar o comisar activos.⁹⁷ Lo anterior tiene su base legal en los convenios internacionales, como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Respecto a estos estándares fijados por el GAFI, Nicaragua como miembro activo del GAFILAT, puede recuperar identificar, congelar y comisar activos en una jurisdicción extranjera (miembros del GAFILAT), haciendo uso de la Red de Recuperación de Activos de GAFILAT (RRAG), objetivo de facilitar la identificación y localización, tendiente a la recuperación de activos, productos o instrumentos de actividades ilícitas a través de los puntos de contactos designados por cada Estado. En el caso de Nicaragua es el Ministerio Público.

La RRAG, fue creada a través de la iniciativa de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), y con el apoyo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD/OEA), la INTERPOL y la Secretaría Ejecutiva del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 50-51.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 60-61.

(GAFILAT). La RRAG cuenta, desde octubre de 2010, con una plataforma electrónica para el intercambio de informaciones en un ambiente seguro, que está ubicada y mantenida en la Unidad de Inteligencia Financiera de Costa Rica.⁹⁸

El artículo 138 numeral 12 de la Constitución Política de Nicaragua, establece que todos los instrumentos internacionales una vez que han sido ratificados por la Asamblea Nacional, surtirán efectos legales, dentro y fuera de Nicaragua, una vez que hayan entrado en vigencia internacionalmente, mediante depósito o intercambio de ratificaciones o cumplimiento de los requisitos o plazos, previstos en el texto del tratado o instrumento internacional.

En este sentido, la Convención de Viena, la Convención de Palermo y la Convención contra la Corrupción, todas de las Naciones Unidas, han sido ratificadas por Nicaragua, por ende las medidas o procedimientos establecidos en estas Convenciones son aplicables en el ordenamiento jurídico nicaragüense y son parte de la base legal para requerir a otras jurisdicciones extranjeras a través de asistencia legal mutua en materia de recuperación de activos mediante el comiso. Así mismo para identificar y congelar estos activos.⁹⁹

1. TRATADO DE ASISTENCIA LEGAL MUTUA EN ASUNTOS PENALES ENTRE LAS REPÚBLICAS DE COSTA RICA, EL SALVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, NICARAGUA Y PANAMÁ

Aparte de estas normas supranacionales, la región centroamericana cuenta con el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.¹⁰⁰ Este instrumento multilateral, fortalece y facilita la cooperación de los órganos administradores de justicia en la región, a

⁹⁸ GAFILAT, 2019 [consulta 29-03-2019]. Disponible en <https://www.gafilat.org/index.php/es/cooperacion>.

⁹⁹ Art. 5, 4 de la Convención de Viena de 1988; art. 13 de la Convención de Palermo de 2000 y arts. 55, 56 y 57 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

¹⁰⁰ Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Aprobación: Decreto A.N. No. 1902. Gaceta No. 116 del 23 junio 1998, Ratificación: Decreto 40-99, Gaceta No. 68 del 14 abril 1999, Texto del instrumento de ratificación: Gaceta No. 221 del 21 noviembre 1999. Depósito de instrumento de ratificación: 5 de julio 1999.

través de un instrumento jurídico que permite la asistencia legal en asuntos penales entre los Estados del istmo Centroamericano.

La asistencia legal, de conformidad a lo dispuesto por el Tratado incluye: la recepción de declaraciones testimoniales; la obtención y ejecución de medios de prueba; la notificación de resoluciones judiciales y otros documentos emanados de autoridad competente; la ejecución de medidas cautelares; la localización de personas; y cualquier otra asistencia legal acordada entre dos o más Estados contratantes.

En este sentido, es importante señalar que en materia de recuperación de activos, este instrumento internacional es útil, pues permite la ejecución de medidas cautelares. Es decir, durante un proceso penal, si el procesado posee activos que se encuentren en cualquier país de Centroamérica, el Ministerio Público puede solicitar al juez la imposición de la medida cautelar dispuesta en el art. 167, numeral 2, literal c) del CPP, referente la inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores. Cuestión que puede ser perfectamente ejecutada mediante este tratado

Respecto a la ejecución de una orden de comiso impuesta mediante sentencia firme, es limitado. Según, el Tratado no se puede aplicar para el cumplimiento en el Estado requerido de las sentencias penales dictadas en el Estado requirente. En Nicaragua, el comiso se ordena únicamente por sentencia firme, por tanto según esta disposición no se puede dar cumplimiento a una orden de comiso impuesta en Nicaragua. Pero en el Tratado hay una excepción respecto al comiso, pues el art. 17 establece asistencia legal en procedimientos de comiso.¹⁰¹ En caso que se autorice el comiso de instrumentos, productos y ganancias del delito, estos serán devueltos a las víctimas.

¹⁰¹ Art. 17 del Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá: “Si la Autoridad Central de uno de los Estados Contratantes se percatara de la existencia de los medios para la comisión del delito y de los frutos provenientes del mismo ubicados en el territorio de otro Estado Contratante, que pudiesen ser decomisados, o de otro modo aprehendidos bajo las leyes de ese Estado, relacionadas con delitos graves, deberá comunicar este hecho a la Autoridad Central del otro Estado. Si ese otro Estado tiene jurisdicción, presentará dicha información a sus autoridades para determinar si procede tomar alguna medida. Estas autoridades emitirán su

2. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL (NASSAU)¹⁰².

Esta Convención, tiene la finalidad que los Estados Partes presten asistencia mutua en investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal referentes a delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia.

Según este instrumento internacional, la asistencia comprende: notificación de resoluciones y sentencias; recepción de testimonios y declaraciones de personas; notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio; práctica de embargo y secuestro de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación; efectuar inspecciones o incautaciones; examinar objetos y lugares; exhibir documentos judiciales; remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; el traslado de personas detenidas, a los efectos de la presente Convención, y cualquier otro acto siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el Estado requerido.

Al igual que la anterior Convención, esta permite a Nicaragua solicitar asistencia, en Materia de identificación, inmovilización y comiso de activos. A como he visto a lo largo de presente trabajo, el comiso solo se puede dar mediante sentencia firme. Mientras la inmovilización de fondos se da antes y durante el proceso penal.

En el caso que Nicaragua sea el Estado requerido de conformidad a ambas convenciones y lo estipulado por el GAFI, el procedimiento es el mismo. Máxime cuando en nuestra legislación poseemos disposiciones que prevén la devolución de los bienes a las víctimas. Según lo dispuesto en los artículos 81 y 159 del Código Procesal Penal.¹⁰³ Además que

decisión de acuerdo con las leyes de su país y, por mediación de su Autoridad Central informarán al otro Estado sobre la acción que se haya tomado.

¹⁰² Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau); Nassau, Commonwealth of Bahamas. 23 mayo 1992. Aprobación y Ratificación: Decreto 77-2002, Gaceta No. 173 del 12 de septiembre de 2002, p. 5941. Depósito de instrumento de Ratificación: 25 noviembre 2002.

¹⁰³ Art. 89 CPP: Una vez firme la sentencia condenatoria, declarada la exención de responsabilidad penal sin exención de la civil conforme el Código Penal o decretada la suspensión condicional de la persecución penal,

contamos con la UABIDA, que es la encargada de gestionar y administrar los bienes incautados y comisados.

Es importante señalar, en el caso que Nicaragua sea el Estado requerido y se le solicite el congelamiento de fondos, antes del proceso penal, perfectamente lo puede realizar en base a este tratado y la facultad del art. 35 de la ley N°735, en concordancia con los artículos 93 y 95 de la Ley N° 735.¹⁰⁴

Lo único que no puede realizar Nicaragua, es acatar órdenes de comiso sin condena, pues esto va en contra de nuestro derecho interno, pues nuestra Constitución Política no lo permite. Cuestión que el GAFI, en sus evaluaciones ha criticado.

quien conforme el presente Código se considere víctima u ofendido, o la Procuraduría General de la República en su caso, podrá formular ante el juez que dictó la sentencia penal, solicitud de restitución, siempre que no lo hubiera ya ordenado en la sentencia condenatoria, y tasación de daños y perjuicios, según proceda.

Art. 159 CPP: Concluido el Juicio, la Policía Nacional continuará la custodia de las piezas de convicción, salvo que el juez haya ordenado su destrucción, devolución o entrega total o parcial con anterioridad. En la sentencia, el juez dispondrá su restitución a los legítimos propietarios, cuando sea procedente; ordenará la destrucción cuando el objeto sea de ilícita posesión, y si se trata de armas de fuego cuya procedencia no haya sido suficientemente acreditada, serán entregadas en propiedad a la Policía Nacional o al Ejército de Nicaragua, según su naturaleza. En los demás casos, cada seis meses el juez ordenará el remate o venta al martillo.

¹⁰⁴ Art. 93 de la Ley N°735: El Estado Nicaragüense a través de sus organismos competentes prestará cooperación internacional o asistencia judicial recíproca en las investigaciones, los procesos y las actuaciones policiales, fiscales y judiciales, relacionados con los delitos a que se refiere la presente Ley.

Art. 95 de la Ley n° 735: Las Autoridades Judiciales, el Ministerio Público, la Policía Nacional, el Ejército de Nicaragua podrán prestar y solicitar asistencia a otros Estados, conforme lo establezcan los instrumentos internacionales suscritos por Nicaragua, o través del Ministerio de Relaciones Exteriores, en actuaciones operativas, actos de investigación y procesos judiciales, todo de conformidad con la legislación nacional, siendo estas las siguientes: ...c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;...f) Entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, documentación pública, bancaria y financiera, así como también 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...

3. REQUERIMIENTO DE IDENTIFICACIÓN, CONGELAMIENTO Y COMISO DE ACTIVOS MEDIANTE ASISTENCIA LEGAL MUTUA EN NICARGUA

Tras el análisis, de estas normativas, tanto las Convenciones internacionales y los estándares señalados por el GAFI, es oportuno señalar que el procedimiento va en dependencia del instrumento a utilizar y la forma de recepción y ejecución de lo solicitado va en dependencia de lo que estipule cada instrumento. Por ejemplo, si se utiliza la RRAG, la solicitud se hace a través del ministerio Público, haciendo uso de la plataforma electrónica que posee el organismo y la respuesta se recibe mediante la misma plataforma.

En el análisis, de todos estos instrumentos útiles para recupera activos en el extranjero, se determinó la documentación necesaria para solicitar una asistencia legal mutua, siendo la siguiente: identificación del caso: datos del expediente, año en que fue iniciado el proceso, nombre de los investigados y ofendidos, autoridad administrativa o judicial que permita determinar de qué trata la solicitud; hecho punible: breve resumen de investigados o acusados, haciendo una relación clara del tipo penal y el marco legal que sustenta la imputación; normas de Derecho Internacional: indicación de los instrumentos internacionales invocados y aplicables al requerimiento de comiso; descripción de la asistencia solicitada: exposición clara y específica de la petición de colaboración, enumerando las diligencias por atender; necesidad e importancia de la diligencia: relato de la importancia legal que reviste lo requerido para el país solicitante; y anexos: copias certificadas (si el instrumento internacional de Asistencia invocado así lo demanda) de la orden expedida por la autoridad administrativa o judicial en la cual se funda el requerimiento y demás piezas necesarias como denuncia, acusación, entre otras.

Si el requerimiento es aceptado, se procede al cumplimiento de lo solicitado y en dado caso que sea una orden de comiso, el instrumento establece la forma de repatriación de los activos a Nicaragua.

La criminalidad organizada trasnacional se dedica a la comisión de delitos graves, con la única finalidad de obtener grandes beneficios económicos. Para ello utiliza las diferentes manifestaciones del Lavado de activos, para legalizar estos activos ilícitos, como es el traspaso de dichos activos a una jurisdicción distinta al país de origen. Es por ello que la

recuperación de activos derivados del delito, precisa los necesarios instrumentos legales para hacer realmente eficaz esa recuperación, tanto a nivel nacional e internacional. Instrumentos con los cuales cuenta Nicaragua, solo hace falta voluntad para conseguirlo.

VIII. CONCLUSIONES

El comiso es una medida *sui generis*, que tiene como finalidad la pérdida de los productos, bienes, instrumentos y ganancias relacionados con la infracción delictiva, la pérdida del dominio de manera definitiva como efecto sustantivo penal e inmediato, así como el cambio en la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *Ipsa Iure* y su traslado directo e inmediato a favor del Estado. Existen diferentes tipos de comiso, como el comiso de los instrumentos usados en el delito, el de los productos y ganancias del delito, además del comiso de bienes de valor equivalente a los bienes que no pueden recuperarse, el comiso ampliado, comiso sin condena y extinción de dominio.

En Nicaragua, el comiso se regula en el art. 112 del CP, debido a su ubicación en un título distinto al de la pena y las medidas, se reafirma que el comiso en nuestra legislación tiene una naturaleza jurídica distinta a una pena o medida de seguridad, pues se trata de una consecuencia *sui generis* del delito y que debe de ser regida por el principio de proporcionalidad y razonabilidad. Siendo aplicable en nuestro ordenamiento jurídico el comiso del instrumento, producto y de las ganancias del delito, previendo la pérdida de los bienes a favor del Estado, concretándose en la sentencia que declara la responsabilidad penal individual del procesado. En Nicaragua no se contempla el comiso ampliado, comiso de bienes por un valor equivalente, comiso sin condena, ni la extinción de dominio.

La UABIDA tiene como objeto la recepción, administración, guarda, custodia, inversión, subasta, donación, devolución o destrucción de bienes, objetos, productos e instrumentos de las actividades delictivas a que se refiere la Ley n° 735. Y cuando proceda el comiso en causas seguidas por esos delitos, la autoridad judicial los ordenará a favor de la Unidad y pondrá los bienes a su disposición. Lamentablemente y pese a que la Ley n° 735 se encuentra vigente desde el año 2010, nueve años después, la UABIDA aún no está en funcionamiento. Por lo que los activos producto de las actividades delictivas, esta al arbitrio de las instituciones que son parte del sistema de justicia.

La delincuencia organizada transnacional tiene como razón de ser la obtención de beneficios económicos. Por eso se dedica a cualquier actividad criminal que sea rentable. Es en este punto, para que la actividad delictiva de las organizaciones valga la pena, tiene que disponer de las ganancias y es donde el lavado de activos adquiere un papel medular, pues este capital ilícito se reinvierte a la economía legal, a través de las diferentes manifestaciones del lavado de activos. A consecuencia de lo anterior, la estrategia de política criminal se centra en la recuperación del patrimonio criminal y no exclusivamente en el castigo de la persona que comete el delito. Para lograrlo, el comiso se vuelve una herramienta crucial y eficaz para reprimir la criminalidad organizada, teniendo como objetivo atacar el aspecto económico y prevenir la comisión del delito de lavado de activos, al recuperar los activos ilícitos devolviéndolos al sistema financiero de manera lícita.

Las Unidad de Inteligencia Financiera (UAF), fue creada para fortalecer al Estado en la lucha contra el lavado de activos por parte de las organizaciones criminales. Su creación corresponden a los siguientes criterios extractados de las definiciones planteadas por el Grupo Egmont, recomendaciones del GAFI y del reglamento modelo de la CICAD/OEA: Servir de filtro entre el Sistema Financiero y el Ministerio Público o la Autoridad competente según legislación propia de los Estados; para analizar y procesar información financiera a fin de establecer con más certeza su relación con una actividad criminal; ofrecer las garantías necesarias a la confidencialidad de la información financiera sospechosa transmitida por el sector financiero y económico obligado por la política de prevención del lavado de activos; y llevar a la autoridad pública competente para la represión de las actividades criminales, únicamente la información que podría constituirse en prueba de operaciones de lavado. En Nicaragua, la UAF puede ordenar el congelamiento de activos mediante un procedimiento extra penal. Este tipo de congelamiento es administrativo, y se da a través de la inmovilización de fondos u otros activos en virtud de la implementación de las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas contra el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y el financiamiento de estas actividades. Pero dicho congelamiento debe de ser convalidado por el juez a solicitud el Ministerio Público.

La existencia actualmente de la delincuencia organizada y transfronteriza, obliga a los diferentes Estados a la cooperación internacional, no solo a los efectos de lograr el castigo penal de los responsables, sino también de cara a lograr la recuperación de los activos procedentes del delito. Según el GAFI, La cooperación internacional es fundamental para el éxito de las investigaciones y procesamientos por LA/FT y también para la recuperación de activos. Las redes de LA y FT generalmente se esparcen a lo largo de múltiples países y las jurisdicciones extranjeras pueden contar con las piezas faltantes de información o pruebas que facilitan un procesamiento exitoso. Nicaragua como miembro activo del GAFILAT, puede recuperar identificar, congelar y comisar activos en una jurisdicción extranjera (miembros del GAFILAT), haciendo uso de la Red de Recuperación de Activos de GAFILAT (RRAG), la cual facilita la identificación y localización de los activos, tendiente a la recuperación de los productos, instrumentos y ganancias de actividades ilícitas a través del Ministerio Público.

La Convención de Viena, la Convención de Palermo y la Convención contra la Corrupción, todas de las Naciones Unidas, han sido ratificadas por Nicaragua, por ende las medidas o procedimientos establecidos en estas Convenciones son aplicables en el ordenamiento jurídico nicaragüense y son parte de la base legal para requerir a otras jurisdicciones extranjeras a través de asistencia legal mutua en materia de recuperación de activos mediante el comiso. Así mismo para identificar y congelar estos activos.

Aparte de estas normas supranacionales, Nicaragua ha incorporado a su ordenamiento jurídico, instrumentos regionales como el Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá y la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal. Mediante estos instrumentos Nicaragua puede solicitar asistencia legal mutua para identificar, inmovilizar y comisar de activos.

IX. FUENTES DE CONOCIMIENTO

1. DISPOSICIONES NORMATIVAS CITADAS

A) NACIONALES

- Decreto n° 70-2010, “Reglamento de la Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 22 de noviembre de 2010, No. 223, pp. 6306-6315.
- Decreto n° 17-2014, “Para la aplicación de medidas en materia de inmovilización de fondos o activos relacionados con el terrorismo y su financiamiento conforme las Resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011) y sucesivas, Resolución 1988 (2011) y sucesivas y Resolución 1373 (2001) del consejo de seguridad de la organización de las naciones unidas.” En La Gaceta, Diario Oficial, de 31 de marzo de 2014, No. 61, pp. 2486-2491
- Decreto n° 14-2018, “Reglamento de la Ley de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 3 de octubre de 2018, No.190, pp. 6655-6660.
- Decreto n°15-2018, “Reglamento de la Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 3 de octubre de 2018, No.190, pp. 6660-6666.
- Ley n° 406, “Código Procesal Penal de la República de Nicaragua”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 21 y 24 de diciembre de 2001, Nos. 243 y 244, pp. 7044-7102. Art. 167, numeral 2, literal c): la inmovilización de cuentas bancarias y de certificados de acciones y títulos valores.
- Ley n°. 641, “Código Penal de Nicaragua”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, Nos. 83, 84, 85, 86 y 87, pp. 2700-2846.
- Ley n°. 735, “Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los Bines Incautados, Decomisados y Abandonados”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 19 y 20 de octubre de 2010, Nos. 199 y 200, pp. 5635-5670.
- Ley n°. 793, “Ley Creadora de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 22 de junio de 2012, No. 117, pp. 4614-4619. (Derogada).
- Ley n° 959, “Ley de Reforma y Adición a la Ley No. 735, “Ley de Prevención, Investigación y Persecución de Crimen Organizado y de la Administración de los

Bines Incautados, Decomisados y Abandonados””. En La Gaceta, Diario Oficial, de 18 de octubre de 2017, No. 198, pp. 9346-9347.

Ley n° 976, “Ley de la Unidad de Análisis Financiero”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 20 de julio de 2018, No. 138, pp. 4733-4741.

Ley n°. 977, “Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 20 de julio de 2018, No. 138, pp. 4733-4755.

“Texto de la Constitución Política de la República de Nicaragua con sus Reformas Incorporadas”. En La Gaceta, Diario Oficial, de 18 de febrero de 2014, No. 32, pp. 1253-1284

B) EXTRANJERAS

Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau); Nassau, Commonwealth of Bahamas. 23 mayo 1992. Aprobación y Ratificación: Decreto 77-2002, Gaceta No. 173 del 12 de septiembre de 2002, página 5941. Depósito de instrumento de Ratificación: 25 noviembre 2002.

Decreto n° 26-2010, “Ley sobre Privación definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, Tegucigalpa, 16 de junio de 2010.”

Decreto n°. 55-2010, “Ley de Extinción de Dominio, según del Congreso de la República de Guatemala, cobró vigencia el 29 de junio de 2011.”

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.

“Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español.

Ley No. 1708 de 20 de enero de 2014, por medio de la cual el congreso de Colombia expide el “Código de Extinción de Dominio”.

Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2009.

Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Aprobación: Decreto A.N. No. 1902. Gaceta No. 116 del 23 junio 1998, Ratificación: Decreto 40-99, Gaceta

No. 68 del 14 abril 1999. Texto del instrumento de ratificación: Gaceta No. 221 del 21 noviembre 1999. Depósito de instrumento de ratificación: 5 de julio 1999.

C) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO CORREA, Teresa, “DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, 2013, 05:1-05:27. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>

AGUADO CORREA, Teresa, “Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿Futuro?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, 265-320 p.

AGUADO CORREA, Teresa, “Comiso: crónica de una reforma anunciada”, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, InDret, 2014, 1-56 p.

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales, Estudio del Cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, *EGUZKILORE*, n° 23, San Sebastián, 2009, 117-136 p.

CASTILLO MONTERREY, Marcelo, “Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción”, en *DELITO, PENA, POLITICA CRIMINAL Y TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LA COMUNICACIÓN EN LAS MODERNAS CIENCIAS PENALES*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2012, 403-416 p.

CUISSET, André, “*Guía práctica de prevención, detección y represión del financiamiento del terrorismo*”, Comité Interamericano contra el Terrorismo-Organización de los Estados Americanos, 2007, 610 p.

ESER, Albin, “La Evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del Siglo XX”, en ARROYO ZAPATERO, L.A./GÓMEZ DE LA TORRE, I.B. (Coord.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam, Vol. I, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, 263-284 p.

Fondo Monetario Internacional, “*Unidades de Inteligencia Financiera: Panorama General*”, Washington, D.C, Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial,

- Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004, 160 p. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>
- GAFI, “Las recomendaciones del GAFI-estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”, OCDE/GAFI, 2018, 309 p. Disponible en: <http://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafi>
- GAFI, “*Documento del Presidente del GAFI anti lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo para jueces y fiscales*”, OCDE/GAFI, 2018, 66 p.
- GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Wingate y Gray, LARISSA, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Colombia, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, 280 p.
- JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel, *La recuperación de activos frente a la corrupción*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016, 231 p.
- MAROTO, Manuel, “Evaluación y racionalidad político criminal en los procedimientos legislativos: el ejemplo de Suecia”, en A. Nieto Martín, M. Muñoz de Morales Romero y J. Becerra Muñoz (Dirs.), *Hacia una Evaluación Racional de las Leyes Penales*, España, Marcial Pons, 2016, 179-199 p.
- PAHUL ROBREDO, María, *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado*, Salamanca, Tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca, 2013, 517 p.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 12-r2, 2010. Disponible en: criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf.
- ROIG TORRES, Margarita, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2016, 199-279 p.
- ROIG TORRES, Margarita, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2018, 547-604 p.

SANTANDER, Gilmar, “La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: Su evolución hacia la Extinción de Dominio y otras formas de Comiso Ampliado”, en BLANCO CORDERO, I. *et al. Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* [en línea], Washington, D.C, Organización de los Estados Americanos – OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT), 2017, 425-502 p. [consulta:] Disponible en: <http://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018%204%20DIGITAL.pdf>.

The Egmont Group, Estatutos del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, 2013.

The Egmont Group, Principios del intercambio de información del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, 2013.

United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank: StAR Annual Report: In 2017/The World Bank, Washington, DC, 2018.

United Nations. Office on Drugs and Crime y The World Bank: Stoles Asset Recovery (Star) initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, DC, 2007.

VARGAS, Patricia, *El Comiso del Patrimonio Criminal*, Salamanca, Tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca, 2012, 559 p.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas”, *Revista Penal de la Universidad de Huelva*, No. 19, Huelva, Universidad de Huelva, 2007, 162-177 p.