

El decomiso del producto del delito¹

Guillermo Jorge

1. Introducción

La noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. En la antigüedad, el decomiso de bienes en favor del Estado cumplió un rol importante en este sentido. Paralelamente a los decomisos ligados a ideas religiosas expiatorias², los delitos cometidos con fines de lucro usualmente eran castigados con decomisos proporcionales al enriquecimiento producido.

Excepcionalmente, para algunos delitos como la “la alta traición”, el decomiso era una de las consecuencias de la pena de “*degradación cívica*”³, que implicaba la pérdida de todos los derechos civiles, incluyendo el de propiedad. Los normandos introdujeron tanto en el derecho sajón como en el derecho continental el decomiso de bienes basado en la idea de la “*corrupción de la sangre*”, por el que se privaba de la totalidad del patrimonio a todo condenado por delitos graves⁴. Los abusos de esta figura para aumentar las rentas fiscales de las monarquías no tardarían en proliferar, como tampoco las disputas con la nobleza sobre el destino de los bienes decomisados⁵.

¹ Este artículo pertenece al capítulo 3 del libro *Recuperación de Activos de la Corrupción*, de Guillermo Jorge, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

² Las reglas del “deodand” del derecho inglés, fuente de los actuales decomisos *in rem*, regulaba qué bienes debían ser ofrendados a Dios para expiar la ofensa con independencia del hecho de que los titulares de tales bienes hubieran sido condenados. Cfr. Williams B. F. y Whitney, F. D., “Federal Money Laundering. Crimes and Forfeitures”, Lexis Law Publishing, 1999, pp. 366 y ss.

³ La pena de “attainder” en el derecho inglés, incluía la pérdida de todos los bienes. Blackstone lo justificaba así: “aquel que ha violado los principios fundamentales del gobierno, y quebrado sup arte del contrato original entre el Rey y el pueblo, ha abandonado su conexión con la sociedad, y no posee más derecho a obtener ventajas de esa conexión, a las que tenía derecho únicamente como miembro de la comunidad: entre esas ventajas sociales, el derecho de transferir y transmitir propiedad a otros es uno de los principales. Cfr. Blackstone, “Commentaries to the Laws of England” Libro 4to, Capítulo XX. Disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/bk4ch29.htm> (consultado el 15 de abril de 2008).

⁴ La corrupción de la sangre implicaba tanto la prohibición de transmitir propiedad como de heredarla. Blackstone calificaba estos decomisos “Esta es una de esas nociones que nuestras leyes han adoptado de las constituciones feudales, durante la conquista Normanda; y que es totalmente desconocida en las posesiones o en las divisiones de herencia indiscutiblemente Sajonas... De acuerdo al antiguo derecho inglés, sólo en casos de traición la tierra era decomisada en favor del Rey, pero no había corrupción de la sangre, ni impedimentos para los descendientes; y en los juicios por delitos menores, no había decomisos a favor de los Barones. Por lo tanto, como toda otra marca opresiva quees acutalmente desterrada de estos reinos, es esperable que la corrupción de la sangre, y todas las consecuencias que conlleva, no sólo en relación con los decomisos sino también en relación con la capacidad de heredar las futuras generaciones, sea oportunamente abolida por un acto del Parlamento. Cfr. *ibidem*.

⁵ Cfr. Foucault, M., “Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978), Fondo de Cultura Económica, 2006.

Con la llegada de la modernidad aumentó la desconfianza hacia el decomiso como sanción penal. Los abusos de la confiscación ejecutiva y desproporcionada crearon en la ascendente burguesía el temor de que continuara siendo usado para producir masivas transferencias de propiedad. Por ello, una de las formas en las que se manifestó la protección de la propiedad privada que defendió el liberalismo del S. XVIII, incluyó fuertes limitaciones al uso del derecho penal para estos fines. Las transferencias de propiedad de los particulares hacia el Estado quedaron restringidas a la expropiación basada en una ley que declarara su utilidad pública y con la posibilidad de que un tribunal revisara la adecuación de la compensación establecida⁶. Varias constituciones liberales siguieron este camino.⁷

De este modo, el decomiso como sanción penal quedó limitado a los instrumentos del delito y a los objetos del delito.

El decomiso de los instrumentos del delito —*instrumentum sceleris*— asocia *físicamente* los objetos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es

⁶ Declaración de los derechos y deberes del hombre, art. 17

⁷ Cfr Constitución de los Estados Unidos, Artículo III, Sección 3, cl. 2, “*El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada*”. El art. 17 de la Constitución Argentina, que consagra la propiedad privada, dice textualmente que “*la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino*”. El art. 33 de la Constitución de Ecuador prohíbe toda confiscación. El art. 106 de la Constitución de la República de El Salvador: “*...prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles*”. El art. 41 de la Constitución de Guatemala prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. El art. 105 de la Constitución de Honduras “*...prohíbe la confiscación de bienes. La propiedad no puede ser limitada en forma alguna por causa de delito político. El derecho de reivindicar los bienes confiscados es imprescriptible*”. El art. 44 de la Constitución de Nicaragua “*...prohíbe la confiscación de bienes*”. El art. 20 de la Constitución de Paraguay prohíbe la pena de confiscación. El art. 8 de la Constitución de la República Dominicana establece que “*No podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político*”. El art. 30 de la Constitución de Panamá y el art. 22 de la Constitución de México prohíben la confiscación de bienes. Sin embargo, en la Constitución de este último país no se considera confiscación: “*La aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito...; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes*”.

generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado⁸ y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado.

El decomiso de los “objetos” del delito, *objetum sceleris*, se refiere en cambio a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva —el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc-. Tales objetos son normalmente destruidos *con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular*, o los derechos de terceros, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. Este tipo de decomiso opera *in rem*, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor de los bienes.

En los últimos 20 años, la acumulación de capital generada por algunos mercados ilícitos⁹, alcanzó tales proporciones¹⁰ que, como se explicó en el Capítulo 1, dio lugar al nacimiento de una nueva forma de decomiso, el decomiso del producto del delito, que se ha convertido en la pieza central de la estrategia globalmente aceptada para reducir los mercados ilícitos y “proteger” la economía lícita.

El desarrollo ha sido progresivo pero veloz. La ley R.I.C.O.¹¹ introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años 70, y lo extendió al criminalizar el lavado de activos en 1986. A fines de los 80s, en plena internacionalización de la “guerra contra las

⁸ Algunos autores describen el decomiso de los instrumentos como una medida preventiva. Cfr. Stessens, Guy, “Money Laundering. A New International Law Enforcement Model”, Ed. Cambridge University Press, 2000, pp. 45..

⁹ El concepto de “mercados ilícitos” denota la producción de bienes y servicios que están fuera del comercio legítimo. Estas conductas producen intercambios consensuados entre múltiples actores, generan riqueza. Los estupefacientes, los servicios de migración ilegal, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas son los ejemplos clásicos. A diferencia de los delitos contra la propiedad, que también se cometen con fines de lucro, estos delitos son consensuados y no producen víctimas individuales. Cfr. Naylor, R., “Wages of crime: Black Markets, Illegal Finance, and the Underworld Economy”, New York: Cornell University Press, 2002.

¹⁰ Aunque las estimaciones son ampliamente discutidas, las Naciones Unidas estimaron en 1991 que el mercado de estupefacientes generaba alrededor de u\$s 500.000 millones anuales. Recientemente, que la corrupción pública genera más de USD 1 billón, cfr. <http://www.unodc.org/newsletter/200601/page004.html>). La Organización Internacional para las Migraciones, estimó en 3500 millones de dólares anuales las ganancias del tráfico de migrantes (ver “Organized crime moves into migrant trafficking”, *Trafficking in Migrants: Quarterly Bulletin*, junio de 1996). En cuanto al tráfico de armas, el Oxford Committee for Famine Relief, en “Up in Arms: Controlling the International Trade in Small Arms”, julio de 2001, p. 2, estimó en 500 millones la cantidad de armas livianas en circulación.

¹¹ “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations”, introducida en 1970 al 18 USC 96. Las sanciones penales de decomiso del producto del delito están descritas en la Sección § 1963.

drogas”, la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta para reducir el narcotráfico¹². Por esa vía se introdujo en la mayoría de las legislaciones y, en los últimos años, su alcance se fue ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias. Desde 2000, la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional requiere de los Estados Parte que adopten, “*en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso*”. Similares expresiones fueron incluidas en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y en la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002. En 2003, la UNCAC extendió la obligación internacional requiriendo que a los Estados Partes la adopción “*en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso*”¹³.

En menos de 20 años, más de 130 países han introducido en sus legislaciones el **decomiso del “producto” del delito** es decir, el decomiso de “*los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito*”¹⁴, como una pieza central de sus políticas para reducir no solamente la criminalidad organizada sino toda la gama de delitos que se comete con fines de lucro.

Sin perjuicio de esta sorprendente expansión formal, no es de extrañar que la reintroducción del decomiso en el derecho penal haya originado múltiples debates. Algunos autores han sostenido que más que una herramienta eficaz para “reducir” desarticular organizaciones delictivas promueve su reproducción. Se argumenta que, si fuera efectivo, el decomiso devolvería a los autores a la situación de pobreza que, muchas

¹² Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

¹³ Como antecedente puede citarse la Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de Dinero e Instrumentos del delito (Buenos Aires, Argentina, 2 de Diciembre de 1995) en la Cumbre de las Américas se consideró que “2. Las medidas para facilitar la prevención, la investigación y el enjuiciamiento del lavado de dinero deberían ser ejecutadas por todos los Gobiernos. A los que cometen tales delitos debe privárseles del uso del producto y las ganancias de sus actividades ilícitas, así como los bienes utilizados para ejecutarlas. Por consiguiente, deberían dictarse y revisarse las leyes, los reglamentos y otras normas para enfrentar este delito y facilitar de una manera eficaz la identificación, la incautación y el decomiso del producto y los instrumentos, como respuesta a la investigaciones nacionales e internacionales”. También debe tenerse en cuenta la influencia de las Recomendaciones del GAFI desde los ’90.

¹⁴ UNCAC, 2.

veces, es la que los impulsó originalmente a incursionar en el mercado ilícito¹⁵. El argumento, que cuenta con atendibles bases empíricas para ser sostenido en relación con algunos mercados ilícitos, como los estupefacientes¹⁶, rara vez puede ser aplicado a los delitos de corrupción pública, donde los actores regularmente no provienen de una situación de marginalidad social.

En cada país, la cultura jurídica, la historia política reciente y la interpretación de reglas constitucionales juegan un rol importante en la implementación del decomiso del producto del delito que, por cierto, no ha sido uniforme.

El propósito de este capítulo es brindar un panorama de los modelos predominantes y de los principales debates que se generan alrededor de esta nueva herramienta.

2. Decomiso penal (*in personam*) y decomiso civil (*in rem*)

Uno de los debates más relevantes, por las consecuencias prácticas que se derivan de él, es el relativo a si el decomiso del producto del delito debe necesariamente ser regulado como una sanción penal (*in personam*) o si es admisible regularlo como una acción real (*in rem*), que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal.

En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, sólo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso sólo podría ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría siempre derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios *in absentia* impediría el decomiso frente a casos de fuga, el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁵ Ver Naylor, R. T., “Wash out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy”, *Crime, Law & Social Change* 32: 1-57, Países Bajos, 1999, ps. 11 y ss.

¹⁶ Ver, entre muchos otros, los trabajos de Youngers, C. y Rosin, E (eds.), “Drugs and democracy in Latin America. The impact of U.S. Policy”, Lynne Rienner Publishers, Londres, 2005; Bertram, E., Blachman, M., Sharpe, K. y Andreas, P. “Drug War Politics: The Price of Denial”, Berkeley: University of California Press, 1996; MacCoun, R. J. y Reuter, P., “Drug War Heresies: Learning from Other Vices, Times & Places”, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sujetado a los estándares probatorios, y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado; el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera..

Originalmente, el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, diversas dificultades probatorias, como las relativas al origen -lícito o ilícito-, o a la “la titularidad” -tanto frente a casos de testafierros como de vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *offshore*- llevaron a varios países, tanto de tradición anglosajona como continental, a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos *in rem*, que operan bajo estándares administrativos.

La compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal fue examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de sus sentencias parece indicar que, lejos de tratarse de una dicotomía insalvable sobre “la naturaleza” del decomiso del producto del delito, existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales.

La discusión es especialmente importante en América Latina, donde muchas legislaturas están considerando proyectos legislativos para admitir decomisos “*in rem*” o civiles, bajo el rótulo de leyes de “*extinción del dominio*”¹⁷

¹⁷ El nombre proviene de la legislación colombiana, donde la extinción del dominio fue establecida en la Constitución en 1936 y 1991 y es actualmente regulada por la ley 793, ver infra 4. La meta 14 de la estrategia contra el lavado de activos de 2005 de Brasil fue la elaboración de un proyecto de ley de extinción del dominio, actualmente en discusión parlamentaria. En marzo de 2008, un proyecto apoyado por la Procuraduría del Estado, la Fiscalía, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y la Secretaría Nacional Anticorrupción, entre otros, fue presentado a la Asamblea Constituyente con una propuesta de extinción del dominio para bienes vinculados con hechos de corrupción, narcotráfico y otras actividades ilícitas. En Panamá a fin de 2006, el Ministerio Público presentó un anteproyecto de extinción del dominio para hechos de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, secuestro, extorsión y proxenetismo. En marzo de 2007, el Presidente mexicano Felipe Calderón Hinojosa presentó un proyecto de ley estableciendo un régimen de extinción del dominio. En la Argentina, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica elaboró un proyecto de ley que contiene una acción “*in rem*”.

3. El decomiso del producto del delito en el proceso penal

En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como en Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que “el crimen no debe pagar”- (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aún en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas un fenómeno socialmente peligroso¹⁸.

Sin perjuicio de estas divergencias en los fundamentos, en todos los países de Europa continental el decomiso del producto del delito es adoptado por un tribunal de justicia como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Sin embargo, ello resulta de procedimientos específicos que, por ser posteriores a la condena¹⁹, admiten cierta flexibilidad en la distribución de las cargas probatorias para determinar el origen de los bienes sujetos a decomiso. Esta estrategia fue convalidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de varias decisiones que resumiremos a continuación.

3.1. ¿Cuándo el decomiso es una sanción penal?

Desde 1986, las leyes contra el narcotráfico del Reino Unido establecieron un procedimiento de decomiso en el cual la determinación del producto del delito está sujeta a estándares de prueba de carácter civil, es decir que, con posterioridad a la condena penal, para la determinación del monto del decomiso, la acusación debe probar que existen más probabilidades de que el beneficio obtenido con el delito equivalga el monto

¹⁸ Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, en Pieth, M., Low, L y Cullen, P., *The OECD Convention on Bribery. A commentary*, Cambridge University Press, 2007, p. 255.

¹⁹ La mayoría de los países permite inclusive diferir la iniciación del procedimiento de decomiso por un plazo. En el Reino Unido, por ejemplo, se puede iniciar la acción de decomiso hasta 6 meses después de la condena penal, en Holanda, el decomiso se puede iniciar hasta dos años después de la condena. Otros países, como Bélgica, obligan al juez a ordenar el decomiso junto con la sentencia. Cfr. Stessens, cit., p. 43.

requerido es mayor que la que propone la defensa. Más aún, los tribunales están obligados a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la comisión de la conducta por la cual se condenaba al imputado, son producto del narcotráfico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la compatibilidad de este régimen con el principio de legalidad establecido en el art. 7 del Convenio Europeo de los Derechos y Libertades Fundamentales en *Welch v. UK*²⁰. Los hechos por los cuales Welch había sido condenado habían ocurrido antes de la entrada en vigencia de este procedimiento de decomiso y los tribunales ingleses aplicaron el sistema de presunciones arguyendo que no se trataba de una sanción penal. Ello obligó al TEDH a determinar si las particularidades de ese procedimiento de decomiso tenía carácter punitivo o reparador.

El TEDH afirmó que la naturaleza penal o civil del decomiso no dependía ni del procedimiento que se asignara en el derecho local –pues el concepto de “pena” es autónomo de las legislaciones internas²¹- ni del fundamento utilizado en los debates parlamentarios que condujeron a la sanción de la ley –porque las sanciones penales admiten fundamentos preventivos generales y especiales.

Al contrario, se afirmó que la decisión dependía, por una parte, de cómo estuviera regulado el concepto de “producto” del delito y, por la otra, de las consecuencias que se deriven del incumplimiento del decomiso.

El primer aspecto considerado por el TEDH, fue si la legislación autorizaba el decomiso del “*producto bruto*” –es decir de todos los bienes derivados de la comisión del delito- o si permitía deducir los costos incurridos para la comisión del delito, o para el ejercicio de la defensa, es decir, el “*producto neto*” o las ganancias propiamente dichas. Si el decomiso se limita estrictamente al beneficio remanente al momento de la sentencia, descontados los gastos incurridos, ello podría ser un indicador del carácter “restitutivo”. En cambio, si el decomiso incluyera la totalidad de lo producido por el delito, con

²⁰ “*Welch v. United Kingdom*”, 9 de febrero de 1995, Series A no. 307-A.

²¹ Un concepto autónomo implica que la norma internacional tiene un significado propio e independiente de la regulación interna. Cfr. “*the Demicoli v. Malta*”, 27 August 1991, Series A no. 210, pp. 15-16, para. 31 y “*X v. France*”, 31 March 1992, Series A no. 234-C, p. 98, para. 28, entre muchos otros.

independencia de los gastos incurridos, sería un indicador importante de que se trata de una sanción penal.

En el mismo sentido, la legislación inglesa permitía al Juez calibrar el monto del decomiso utilizando criterios como el grado de responsabilidad del autor o la gravedad del hecho, lo que también sugería el carácter punitivo de esa regulación.

Finalmente, el TEDH también tuvo en cuenta las consecuencias frente al no cumplimiento de la orden de decomiso. Si el legislador permite, como ocurría en la legislación inglesa, sustituir el decomiso por la aplicación de una pena de prisión, o aplicar una pena de prisión frente al incumplimiento del pago del monto decomisado, estará reafirmando el carácter punitivo de ese decomiso.

En definitiva, el TEDH sostuvo que el decomiso del producto del delito puede ser una pena o un remedio de carácter civil, dependiendo de las características que rodeen el procedimiento.

Prueba de ello es el caso “M. v. Italia”²², en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos desestimó que las leyes antimafias italianas que establecían un procedimiento de decomiso preventivo violaran la presunción de inocencia.

Desde mediados de los años 50s, las leyes italianas han intentado diversas estrategias para reducir las organizaciones mafiosas. A partir de 1965, los bienes de las personas sospechadas de pertenecer a la mafia podían ser embargados si existía suficiente evidencia circunstancial que mostrara, por ejemplo, una notable discrepancia entre el estilo de vida de la persona y sus ingresos legales. La persona debía destruir esa presunción para evitar el decomiso. El decomiso, sostenía Italia, se fundaba en evitar que esos bienes fueran utilizados para solventar nuevas actividades ilícitas. Para evaluar la compatibilidad de este régimen con la presunción de inocencia, la Comisión Europea analizó en primer término qué garantías rodeaban el procedimiento.

La Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas habían acuñado una jurisprudencia consistente que delineaban la siguientes notas características: 1) el decomiso “preventivo” era totalmente autónomo del proceso penal y no tenía como objetivo probar la ocurrencia de un hecho delictivo sino la probabilidad de pertenencia de

²² El caso fue resuelto en 1991.

una persona a una organización mafiosa, para lo cual se requiere evidencia que podría ser de muy poca utilidad en un proceso penal, como el estilo de vida, los antecedentes penales, la pertenencia a un grupo social asociado con grupos criminales organizados, la riqueza comparada con los ingresos legales, 2) no procedía si la persona fallecía, lo que reforzaba la idea de que el fundamento era prevenir el uso indebido de los bienes, 3) no podía ser adoptado sobre la base de “meras sospechas” y sólo se justificaba frente al establecimiento de pruebas concretas que revelaran la conducta y el estilo de vida de la persona en cuestión, 4) que el decomiso estaba sujeto a un procedimiento adversarial y era decidido por un Tribunal de justicia, 5) que la presunción sobre el origen ilícito de los bienes requiere suficiente evidencia circunstancial y la ausencia de evidencia que la refute, 6) que ello no impone la carga de la prueba sino únicamente la carga de alegar contra la prueba circunstancial ofrecida y 7) que la persona no está obligada a probar el origen lícito de los bienes sino facultada a introducir evidencia que contradiga aquella aportada por la acusación. Todo ello permitió concluir a la Comisión que el procedimiento no tenía por finalidad determinar la culpabilidad de la persona.

En segundo lugar, la Comisión tomó en cuenta que el procedimiento no permitía la confiscación de bienes a menos que la persona hubiera sido previamente declarada sospechosa de pertenecer a la mafia, lo cual requería evidencia circunstancial objetiva y no una mera sospecha.

Finalmente, la Comisión consideró que el decomiso, en el caso concreto, no era tan gravoso como para ser considerado una “pena” y que en el caso concreto confirmaba que estaba siendo aplicado para prevenir el uso indebido de los bienes decomisados

La Comisión concluyó que:

“el decomiso es una medida cuya aplicación no está confinada al derecho penal; se encuentra ampliamente extendida en la esfera del derecho administrativo. Objetos sujetos a decomiso incluyen bienes importados ilegalmente (e.g. Caso Agosi), el producto de actividades ilícitas no tipificadas como delitos (como edificios construidos sin autorización de los planos), algunos bienes considerados peligrosos (como armas, explosivos, ganado infectado) y bienes conectados, aunque de modo indirecto, con actividades delictivas (como los fondos de “sociedades secretas” bajo las leyes italianas). Por lo tanto, puede apreciarse de la legislación de los Estados

miembros del Consejo de Europa, que medidas muy severas, pero necesarias y apropiadas para la protección del interés público, son adoptadas fuera de la esfera del derecho penal. La Comisión nota que la medida de decomiso impugnada se refiere a bienes considerados de origen ilícito. Su finalidad es desarticular las organizaciones mafiosas y los considerables recursos que tienen a su disposición para financiar sus actividades... Siendo éste el caso, la Comisión concluye que el decomiso no está vinculado a una declaración de culpabilidad consecuencia de una acusación penal y, por lo tanto, no constituye una pena”.

Más recientemente, en “Butler v. Reino Unido”²³, el Tribunal Europeo tuvo ocasión de evaluar la compatibilidad de otro procedimiento de decomiso inglés mediante el cual la autoridad aduanera está autorizada a decomisar dinero en efectivo sobre el cual existen sospechas razonables de que es producto de actividades vinculadas al narcotráfico. El procedimiento está calificado como preventivo por el derecho inglés, requiere un estándar de prueba civil, permite al titular del dinero defenderse desvirtuando la evidencia y es decidido por un tribunal de justicia. En el caso en cuestión, el dinero fue decomisado a una persona que conducía un auto alquilado con dirección a Málaga, quien declaró que el dinero pertenecía al denunciante. El dinero decomisado eran billetes escoceses -que la aduana calificó como de uso típico para operaciones de tráfico de estupefacientes-, encontrados en un auto alquilado que se dirigía a Málaga -que la aduana calificó como un lugar desde el cual se consignan estupefacientes con destino al Reino Unido. La explicación de Butler fue que él había entregado el dinero a su amigo para que le comprara un departamento -que nunca pudo ser identificado. El Tribunal encontró “*más probable que el dinero fuera para ser utilizado en una transacción de tráfico, que no lo fuera*” y ordenó el decomiso.

El TEDH examinó el procedimiento para determinar si el decomiso implicaba la aplicación de una pena. Luego de afirmar que el procedimiento nunca implicó la formulación de cargos contra el denunciante, ni contra otra persona, sostuvo:

²³ “Butler v. Reino Unido”, decisión sobre admisibilidad del 27 de Junio de 2002.

“...la orden de decomiso fue una medida preventiva y no puede compararse con una sanción penal, desde que ha sido pensada para sacar de circulación el dinero presumiblemente destinado al tráfico internacional de estupefacientes. De ello se sigue que el procedimiento que llevó al decomiso no implica “la determinación... de una acusación penal” (ver Raimondi v. Italia... y más recientemente Arcuri y otros v. Italia... y Riela v. Italia...) ²⁴.

El TEDH juzgó decisivo que en el procedimiento en cuestión no estaba en juego una condena o una absolución y que la orden de decomiso no impactaba en implicaba en los antecedentes ni del denunciante ni de la persona que transportaba el dinero.

En los casos Arcuri v. Italia ²⁵ y Riela v. Italia ²⁶, el TEDH ratificó la posición adoptada por la Comisión en “M. v. Italia” en relación con el decomiso preventivo de los bienes sospechados de ser utilizados en conexión con actividades mafiosas.

La comparación entre “Welch v Reino Unido” y “M. v. Italia” y los casos subsiguientes –Butler, Arcuri, Riela- muestra que el decomiso del producto actividades ilícitas puede ser canalizado no solamente como una sanción penal, sino también como un decomiso preventivo de carácter administrativo. Más adelante examinaremos qué garantías específicas deben rodear a un decomiso preventivo para no vulnerar derechos fundamentales.

3.2. La determinación del origen de los bienes y la presunción de inocencia

Las dificultades para probar el origen de los bienes que podrían estar sujetos a decomiso provienen de varias fuentes. Por una parte, la naturaleza internacional de las actividades de blanqueo de dinero normalmente incrementa las dificultades para obtener medios probatorios que acrediten el origen de los bienes sujetos a decomiso ²⁷. Cuando los activos pertenecen a vehículos corporativos domiciliados en jurisdicciones *offshore*,

²⁴ “Butler v. Reino Unido”, cit, párr. 43.

²⁵ “Arcuri v. Italia”, decisión sobre admisibilidad del 5 de julio de 2001.

²⁶ “Riela v. Italy”, decisión sobre admisibilidad del 4 de septiembre de 2001.

²⁷ Al afirmar la autonomía del delito de lavado de activos, el Superior Tribunal Federal Suizo expresó: “supeditar la eficacia de la persecución por lavado de dinero a los resultados de los procedimientos judiciales extranjeros sería un impedimento para combatir el lavado de dinero”, Sentencia del 21 de Septiembre de 1994, en *La semaine judiciaire* (1995) 308.

esa prueba podría terminar siendo casi imposible²⁸. Por otra parte, dado algunos delitos de corrupción son delitos consensuados, la falta de víctimas no sólo repercute sobre los mecanismos de detección sino también sobre la posibilidad de recolectar pruebas vinculadas al producto obtenido.

Para contrarrestar estas dificultades, hace tiempo que los estándares internacionales recomiendan considerar “*la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos*”²⁹.

Muchos países ya han implementado esta recomendación internacional a través de procedimientos de decomiso posteriores a la condena que alivianan la carga probatoria de la acusación. Básicamente existen dos modelos para ello.

En algunos países, la ley establece un sistema de presunciones relativas sobre el origen de los bienes que el condenado debe destruir para evitar el decomiso. Algunos países, como el Reino Unido³⁰, presumen que los bienes adquiridos durante cierto lapso anterior a la condena provienen de actividades ilícitas. Otros como Austria³¹, Suiza³², Alemania³³ o Francia³⁴, presumen que los bienes pertenecientes a una persona condenada

²⁸ Ver al respecto el informe citado por Stessens, cit., p. 67, elaborado por “Money Laundering Experts Group of the EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime”.

²⁹ Cfr. art. 31, 8 de la UNCAC. En el mismo sentido, ver los arts. 5 de la Convención de Viena y 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

³⁰ Para habilitar el sistema de presunciones se requiere que el Tribunal establezca si el condenado “hace del delito su forma de vida” y en tal caso si “se benefició de su conducta delictiva en general”. En tal caso, el Tribunal debe asumir que todos los bienes y gastos incurridos durante los 6 años anteriores a la condena son producto del delito. El condenado debe mostrar lo contrario. Cfr. *Proceeds of Crime Act* (2002) Parte IV, especialmente Secciones 156, 177 y 178.

³¹ Tanto frente a reincidencias durante un período de tiempo como frente a una condena por pertenecer a una organización criminal

³² El art. 59 (3) del Código Penal Suizo presume que los bienes que pertenecen a una persona condenada por ser miembro de una organización delictiva (en los términos del art. 260 ter del Código Penal) están bajo el control de la organización delictiva. La prueba en contrario puede consistir en que los bienes no están bajo el control de la organización o, si se trata de un miembro de bajo rango, que los bienes tienen un origen lícito.

³³ El art. 73 (d) prevé la extensión del decomiso (“*erweiterter Verfall*”) a todos los bienes del condenado “si las circunstancias justifican la presunción de que tales objetos fueron adquiridos como resultado de actividades ilícitas o con el propósito de cometerlas”. La Corte Constitucional Federal interpretó que la aplicación de esta regla requiere al Juez estar “incondicionalmente convencido del origen ilícito de los bienes”. Ver *Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift*, NJW, 2004, 2073, citado por el Bundesrechtsanwaltskammer (Colegio de Abogados Federal) en su posición frente al Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Presunción de Inocencia, 26 de Abril de 2006 (COM(2006)174), disponible en http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2006/Stn18_engl.pdf

por ser miembro de una asociación ilícita –un grupo criminal organizado, una asociación criminal, etcétera- están bajo el control de tal organización. En ambos casos, las presunciones son relativas, pero la carga de destruirlas está a cargo de la defensa del condenado.

La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad –usualmente mostrar al tribunal que “*es más probable que los bienes sean de origen ilícito que no lo sean*”- y que, sólo una vez alcanzado ese estándar la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos³⁵. Ejemplos de este modelo pueden apreciarse en Australia³⁶, Italia³⁷, Holanda³⁸ y Estados Unidos³⁹.

El TEDH también tuvo ocasión de analizar la compatibilidad de estos procedimientos con la presunción de inocencia establecida en el art. 6 del Convenio Europeo en “Phillips v. Reino Unido”⁴⁰.

³⁴ Francia ha ido mucho más allá, al introducir en su Código Penal una serie de delitos que permiten la inversión de la carga de la prueba de algunos elementos del tipo posibilitando que con una condena penal se decomisen todas las ganancias obtenidas.

³⁵ Este método probatorio es similar al que se aplica para determinar el “enriquecimiento ilícito” de funcionarios,. Se trata de un método de prueba indirecto frecuentemente aceptado en casos de lavado de activos y de delitos tributarios. Para el caso de Estados Unidos, ver Williams y Whitney, cit, pág. 86. Para el caso europeo, ver la Decisión Marco del Consejo de Europa 212 del 24 de Febrero de 2005, que se analiza en esta misma sección.

³⁶ Frente a una condena por delitos relacionados con el narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, trata de personas y algunas modalidades de fraude se presume, admitiendo prueba en contrario, que todos los bienes que la persona posee o controla son el producto del delito. Cfr. Proceeds of Crime Act, 2002, Secciones 92-94.

³⁷ Cfr. el artículo 12 sexto de la Ley 356/92 establece el decomiso obligatorio de los bienes del condenado por delitos relacionados con el narcotráfico, la criminalidad organizada o el lavado de dinero cuando no correspondan con sus ingresos o su actividad económica y el condenado no puede explicar su origen. Los bienes pueden no estar vinculados al delito por el cual fue condenada la persona y, cuando lo están, pueden pertenecer a un tercero.

³⁸ El art. 36 del Código Penal holandés no sólo autoriza el decomiso del producto del delito por el cual se condena sino además el de bienes que “probablemente derivan de otros delitos”. La acusación debe mostrar tal probabilidad y el condenado puede refutarla. La Corte Suprema de Holanda falló que la regla es compatible con la presunción de inocencia siempre que el condenado tenga la posibilidad de refutar la presunción. Cfr. Stessens, G., cit., p. 72.

³⁹ Cfr. 18 USC 982. La mayoría de los tribunales estadounidenses coinciden en que el estándar aplicable es el de “preponderancia de la prueba”, es decir, que es más probable que no lo sea, y que una vez alcanzado ese grado de probabilidad, el condenado puede destruirla. El *leading case* es US v. Myers, 21 F3d 826, 829 (8th Cir. 1994), en el cual el tribunal estableció que el decomiso penal no requiere el mismo estándar que un elemento del tipo penal (“más allá de toda duda razonable”) porque es parte del proceso de determinación de la pena. Los bienes pueden ser sustituidos por otros de valor equivalente.

⁴⁰ “Phillips v. UK” del 5 de julio de 2001, n° 41087/98.

Phillips fue condenado por contrabando de una cantidad sustancial de marihuana. En el procedimiento de decomiso aplicado contra el Sr. Phillips determinó en primer lugar que el Sr. Phillips “se benefició” con el tráfico de estupefacientes. Satisfecho el tribunal con este estándar⁴¹, la ley obligaba a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos en los últimos 6 años provenían del narcotráfico. Las explicaciones brindadas por la defensa de Phillips y las pruebas que aportó para destruir esa presunción⁴² resultaron insuficientes para el Tribunal que ordenó el decomiso.

El argumento central de la defensa frente al TEDH fue que, dado que el decomiso aplicado era una pena en los términos de “*Welch v Reino Unido*”, debía estar rodeado de las garantías del proceso penal, entre ellas la presunción de inocencia. En ese contexto, la autorización de decomisar todos los bienes adquiridos más todos los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la condena, equivalía a aplicarle una pena por conductas por las cuales no había sido siquiera acusado, no habían sido ventiladas en juicio, no había sido condenado y por las cuales debía ser presumido inocente. El Reino Unido sostuvo en cambio que la presunción era parte del procedimiento de determinación de la pena aplicable por el delito por el cual había sido condenado y no equivalía a una “nueva acusación penal”.

El TEDH decidió que la presunción de inocencia no era aplicable a un procedimiento cuyo propósito es permitir a los tribunales nacionales determinar apropiadamente el monto del decomiso: “*La Corte considera que este procedimiento es análogo a la determinación por un tribunal del monto de una multa o del lapso de prisión impuesto a una persona que ha sido condenada apropiadamente*”⁴³.

Más claramente, el TEDH afirmó que: “...*a pesar de que resulta claro que el Art. 6.2 gobierna el procedimiento penal en su integridad, y no únicamente el examen de los méritos de la acusación (ver, por ejemplo, Minelli v. Suiza, Sekanina v. Austria y Allenet de Ribemont v. Francia), el derecho a ser presumido inocente bajo el Art. 6.2 sólo rige en relación con el delito acusado. Una vez que un acusado ha sido apropiadamente*

⁴¹ El Fiscal de la Aduana probó que Phillips no tenía una fuente declarada de ingresos, no pagaba impuestos a las ganancias, era propietario de un hotel, una agencia de noticias y 5 automóviles, incluyendo algunos de lujo y alegó que era altamente probable que Phillips se hubiera beneficiado del narcotráfico en la suma de GBP 117.838,27.

⁴² Phillips alegó que ni el hotel ni los autos le pertenecían y presentó a su padre como único testigo.

⁴³ “Phillips v. UK”, cit, parr. 34.

encontrado culpable de ese delito, el Art. 6.2. no puede tener aplicación en relación con los argumentos sobre el carácter y la conducta del acusado como parte del procedimiento de determinación de la pena, a menos que esas alegaciones sean de tal naturaleza y grado que signifiquen una nueva ‘acusación’, en el sentido autónomo que la Convención otorga al término...”⁴⁴.

En forma separada a la cuestión del decomiso, el TEDH también ha evaluado la compatibilidad de las presunciones en materia penal con el principio de inocencia⁴⁵. En “*Salabiaku v. Francia*”, el TEDH afirmó que “*las presunciones de hecho o de derecho existen en todo sistema legal. Claramente, la Convención, en principio, no prohíbe tales presunciones. Sin embargo, requiere que los Estados Partes se mantengan dentro de determinados límites cuando estas presunciones se aplican en el ámbito del derecho penal. Requiere que el Estado las confine dentro de límites razonables que tomen en cuenta lo que está en juego y que mantengan los derechos de la defensa*”⁴⁶.

Para que una presunción legal o de hecho sea compatible con la presunción de inocencia, los tribunales deben atender a dos factores: **a)** que la presunción no opere automáticamente y **b)** que la defensa tenga amplias posibilidades de rebatirla. Si ambas condiciones son satisfechas, la presunción será, bajo “*Salabiaku*”, válida⁴⁷.

El primer recaudo se satisface siempre que esté en poder de los tribunales decidir la aplicación de la presunción. Lo contrario abriría la puerta para que las legislaturas tuvieran una herramienta para privar a los tribunales de justicia de su poder inherente de evaluar las pruebas que se le presentan en juicio. Ello, “*no podría reconciliarse con el objeto y fin del art. 6 que, a través de la protección del debido proceso y, en particular del derecho de ser presumido inocente, cumple el propósito de fortalecer el Estado de Derecho*”⁴⁸.

⁴⁴ “*Phillips v. UK*”, parr. 35.

⁴⁵ Para un análisis comparativo de las presunciones en materia penal ver Jorge, Guillermo, “The Romanian Legal Framework on Illicit Enrichment”, ABACEELI, Julio de 2007, disponible en http://www.abanet.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf

⁴⁶ “*Salabiaku v. France*”, 7 de octubre de 1988, A 141-A, parr. 28.

⁴⁷ Cfr. Stessens, cit., p. 71. Varios tribunales han interpretado que la validez de las presunciones depende de factores also, Nardell, G., “Presumed innocence, proportionality and the Privy Council”, IQR (1994), ps. 223-8.

⁴⁸ “*Salabiaku v. France*”, cit., parr. 28.

El segundo requisito se cumple siempre que la presunción en cuestión sea relativa, es decir, que la defensa tenga amplias posibilidades para destruirla⁴⁹.

En “Phillips v. Reino Unido”, el TEDH dio por satisfechos ambos criterios en relación con la aplicación de la presunción de que los bienes adquiridos durante los 6 años anteriores a la condena eran el producto de –otras- actividades delictivas. El TEDH tuvo en cuenta que los tribunales ingleses tienen suficiente discreción para no aplicar la presunción cuando consideren que “puede derivar en serios riesgos de injusticia”. Por otra parte, Phillips tuvo amplias oportunidades para destruir la presunción. Al respecto, el TEDH expresó:

“Más aún, la Corte nota que, si los alegatos del denunciante en relación con sus transacciones financieras fueran ciertos, no hubiera tenido ningún inconveniente en destruir la presunción legal; como dijo el Juez, los pasos probatorios a seguir para demostrar el origen de su dinero y propiedades eran “perfectamente obvios, comunes y simples”. No puede entonces el denunciante quejarse de una injusticia en el hecho de que el Juez haya incluido en sus cálculos bienes comprados con el producto de otros delitos... Finalmente, cuando calculó el valor de los bienes, es significativo que el Juez sólo tomó en cuenta... los bienes sobre los que había suficiente evidencia que probaba que pertenecían al denunciante. El Juez aceptó la evidencia del denunciante al momento de valorar los bienes... Si bien el Tribunal considera que algunos aspectos relativos a la justicia de este procedimiento pueden surgir en circunstancias en los que el monto del decomiso incluya bienes que se presumen ocultos, esta circunstancia está muy lejos de haberse presentado en este caso. Por lo tanto, en términos generales, el Tribunal encuentra que la aplicación del procedimiento... se encuentra dentro de límites razonables dada la importancia de lo que está en juego y que mantuvo los derechos de la defensa”⁵⁰.

Los diferentes modelos de legislación que hemos resumido en los párrafos anteriores cumplen con ambas condiciones.

⁴⁹ “Como fue señalado en Salabiaku... el art. 6 requiere a los Estados Partes que limiten las presunciones de hecho o de derecho previstas en sus leyes penales dentro de límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan el derecho de defensa... Mr. Phan Hoang no fue privado de sus medios de defensa... La presunción de su responsabilidad no era irrefutable...”. “Pham Hoang v. France” del 25 de septiembre de 1992, no. 13191/87, parr. 34.

⁵⁰ “Phillips v. Reino Unido”, cit., párrs. 45, 46 y 47.

Tomando en consideración esta línea jurisprudencial⁵¹ y con el objetivo de “garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso del producto del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada”⁵², el Consejo de Europa adoptó la Decisión Marco 2005/212 sobre decomiso del producto e instrumentos del delito.

En una muestra más de la creciente expansión del paradigma del decomiso del producto del delito como herramienta central contra la criminalidad organizada, la Decisión requiere, en relación con delitos asociados con la criminalidad organizada⁵³, que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para permitir el decomiso, como mínimo, cuando:

*“a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que **los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena** por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien.*

*b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de **actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena** por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien.*

*c) se tenga constancia de que **el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales** de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.*

⁵¹ Cfr. Comisión Europea, “El libro verde sobre la presunción de inocencia”, 26 de Abril de 2006, disponible en <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l16032.htm>.

⁵² Cfr. Decisión Marco del Consejo de Europa 2005/212/HAJ del 24 de Febrero de 2005, párr. 10.

⁵³ La Decisión se refiere específicamente a los delitos vinculados con la falsificación de moneda, al blanqueo de capitales, la trata de seres humanos, el tráfico de migrantes, la explotación sexual de niños, la pornografía infantil, el tráfico de estupefacientes y algunos actos de financiamiento de terrorismo.

Los primeros incisos reflejan el modelo de presunciones generalmente establecido para los condenados por pertenecer a grupos delictivos organizados –asociaciones ilícitas- y el tercero refleja la admisión en el derecho europeo del método de prueba indirecto basado en la comparación del patrimonio con los ingresos legales.

3.3. La determinación del origen de los bienes y el derecho a no auto-incriminarse coactivamente

Los procedimientos de decomiso descritos en el apartado precedente también podrían ser objetados en relación con el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva cuando el condenado es llamado a destruir la presunción establecida por la ley o por la acusación.

El derecho a no auto-incriminarse comprende tanto el derecho a permanecer en silencio como el derecho a no ser obligado a producir pruebas incriminatorias. A pesar de que no ha sido expresamente contemplado en la Convención Europea, la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que este principio descansa en el “corazón de la noción de un debido proceso”⁵⁴.

Sin embargo, el TEDH ha reconocido que este derecho no es absoluto. En “Murray v Reino Unido”, el TEDH expresó:

“Por una parte, es evidente que es incompatible con las garantías bajo examen fundamentar una condena sobre la base exclusiva del silencio del acusado o sobre su negativa a responder preguntas o de proveer pruebas. Por otra parte, el Tribunal entiende que es igual de evidente que tales garantías no pueden, ni deben impedir que el silencio del acusado, en situaciones que claramente requieren de una explicación de su parte, sean tenidas en cuenta al considerar el grado de persuasión de la prueba aportada por la acusación. Cualquiera sea el lugar en el cual la línea entre estos dos extremos deba ser trazada, se sigue de este razonamiento que la pregunta acerca de si el derecho a permanecer callado es absoluto debe ser respondida negativamente”⁵⁵.

⁵⁴ “Heaney and McGuinness v. Ireland” del 21 diciembre de 2000, N° 34720/97.

⁵⁵ Ibidem, parr. 47

Más adelante, en un intento por trazar esta línea, el Tribunal estableció las condiciones bajo las cuales los tribunales podrían derivar inferencias del silencio de un acusado.

En primer lugar, el TEDH estableció que las inferencias sólo son válidas si la acusación ha podido establecer un caso probable, es decir “un caso con prueba directa que si es evaluada en combinación con inferencias legítimas, puede conducir a un jurado apropiadamente instruido a estar satisfecho, más allá de toda duda razonable que cada elemento del delito está probado”

Si no hubiera un “caso probable”, entonces cualquier inferencia sería inválida. “La pregunta en cada caso particular es si las pruebas de la acusación son lo suficientemente contundentes como para requerir una respuesta. La Corte nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque eligió permanecer en silencio. Sólo cuando las pruebas contra el acusado ‘reclaman’ una explicación que el acusado debe estar en posición de brindar, la falta de tal explicación puede, por sentido común, permitir que se infiera que tal explicación no existe y que el acusado es culpable”.

En segundo lugar, sólo las inferencias *de sentido común* son permisibles. El estándar de la experiencia debe aplicarse “cuando la inferencia es tan forzada que no guarda relación con las circunstancias de la vida tal como las conocemos”.

En tercer lugar, del mismo modo que con la presunción de inocencia, los Tribunales no pueden ser obligados por las legislaturas a inferir consecuencias negativas del silencio del acusado. Al contrario, los tribunales deben ser libres de evaluar la evidencia presentada por la acusación de conformidad con el estándar legal aplicable (“más allá de toda duda razonable, “íntima convicción”, “sana crítica racional”).

Sobre la base de esas condiciones, en el caso “Murray” el TEDH concluyó que las inferencias derivadas del silencio del acusado no tenían el efecto de invertir la carga de la prueba en un sentido que pudiera considerarse violatorio del principio de inocencia.

El TEDH también ha efectuado algunos pronunciamientos vinculados al derecho a no ser obligado a producir pruebas. El TEDH distingue entre evidencias “adquiridas compulsivamente” y evidencias que existen con independencia de la voluntad del acusado: “el derecho a no auto-incriminarse protege primordialmente

la voluntad del acusado de permanecer callado. Como se entiende comúnmente, no se extiende a evidencias que, pudiendo ser obtenidas del acusado a través del uso de poderes coactivos, existen con independencia de su voluntad, como, entre otros, su aliento, su sangre, su orina o lo necesario para realizar un test de ADN”⁵⁶.

En el mismo sentido, las presunciones de derecho que imponen el deber de producir pruebas documentales fueron consideradas válidas siempre y cuando no se tratara de órdenes utilizadas para justificar “operaciones de pesca”, en las que solamente existiera una simple sospecha. Ello fue admitido tanto para personas físicas como para personas jurídicas⁵⁷.

Sobre esas bases, es razonable afirmar que los procedimientos de decomiso que transfieren la carga de destruir una presunción a la persona condenada, no podrían ser cuestionados por vulnerar el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva⁵⁸. Más aún teniendo en cuenta que en estos procedimientos la personas ya ha sido condenadas⁵⁹.

4. El decomiso civil

Además de las dificultades probatorias que dieron lugar a que los procedimientos de decomiso, aún penales, hayan relajado algunas de las garantías fundamentales del proceso penal, existen muchos casos en los cuales obtener una condena resulta imposible porque el imputado ha fallecido, se ha fugado y no se permite el proceso penal en ausencia, está protegido por algún régimen de inmunidades, no ha podido ser identificado, no existe un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, ha operado la prescripción de la acción penal, ha gozado de una amnistía, se ha producido una nulidad que prácticamente ha dejado sin medios probatorios a la acusación, etcétera⁶⁰.

⁵⁶ “Saunders v United Kingdom” del 17 de diciembre de 1996, N° 19187/91.

⁵⁷ “Mannesmannröhren-Werke v. Commission”, case T-112/98, ECR 729, parr. 65; Opinion of AG in Case C-301/04 P, “Commission v. SGL”.

⁵⁸ Para un análisis de la aplicación por tribunales de varias jurisdicciones ver Jorge, Guillermo “The Romanian legal framework on Illicit Enrichment”, cit.. y Wilsher, Dan, “Inexplicable Wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, Journal of Crime, Law and Social Change, Springer Netherlands, Vol 45, Issue 1, February 2006.

⁵⁹ Ver “Phillips v Reino Unido”, cit.

⁶⁰ Considerando que debe ser amplia la admisión de excusas para no obtener una sentencia penal se dicho que “incluso cuando el funcionario haya abandonado ya el gobierno, puede conservar suficiente poder a nivel local como para obstruir un procedimiento penal en el país. En otros casos más extremos, los funcionarios sospechosos pueden gozar de inmunidad de enjuiciamiento penal o puede que no haya ninguna conducta ‘penal’ que requiera investigación porque los actos cometidos no violan ninguna de las

Frente a estas posibilidades, algunos países han reaccionado instituyendo, en forma paralela e independiente del decomiso penal, o en forma subsidiaria para determinados casos, procedimientos de decomiso civil o administrativos.

La UNCAC en su art. 54 expresamente recomienda a los Estados Partes “*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*”.

Algunos países permiten que se produzca un juicio en ausencia del acusado superando una de las vallas principales para obtener una sentencia condenatoria⁶¹.

Sin embargo, la tendencia es la de establecer procedimientos de decomiso civil, independientes del proceso penal.

Estos procedimientos operan *in rem*, es decir, se dirigen contra los bienes en cuestión y son concebidos como acciones de carácter real que no persiguen el castigo individual, sino evitar que la riqueza producida por medios ilícitos forme parte de los bienes que integran el comercio lícito. Por ello, en general establecen una causal de extinción del derecho de dominio cuando el bien tiene origen en un delito. El fundamento de estas acciones es que el decomiso civil persigue evitar que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales, es decir que detrás de estos procedimientos, existe la idea de construir sociedades meritocráticas.

Al ser acciones reales y dirigirse contra los bienes, con independencia de su titular, estos procedimientos resultan extremadamente prácticos en casos en los cuales existen sospechas fundadas de que los titulares de los bienes no son los últimos beneficiarios, por lo tanto, son herramientas prácticas para lidiar con testaferreros y vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *off-shore*.

leyes vigentes del Estado aun cuando el Estado promulgue posteriormente leyes que prohíban la conducta impugnada, el demandado puede argumentar que el código penal reformado tipifica delitos *ex post facto*, que el Estado no debería reconocer a los fines de la asistencia jurídica recíproca”, Estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción, Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, 28 de noviembre de 2002, A/AC.261/12, ps. 9 y 10.

⁶¹ Por ejemplo, Italia, Nueva Zelanda, Australia o Hong Kong. Cfr. “Evaluation of law and systems in FATF members dealing with asset confiscation and provisional measures”, appendix 1, p. 2 en www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/48/34047135.pdf.

En este sentido, se presentan como una herramienta atractiva para reducir la corrupción en América Latina, donde varias legislaturas están considerando proyectos para implementar procedimientos similares.

El debate, sin embargo, no debe perder de vista algunas características estructurales de los sistemas judiciales latinoamericanos que podrían influir en los resultados esperados. En primer lugar, la justicia penal latinoamericana es notablemente selectiva⁶². Precisamente por ello, la posibilidad de que mecanismos que teóricamente apuntan a reducir grupos criminales con alto poder económico puedan en la práctica fortalecer esta selectividad es relativamente alta.

La experiencia estadounidense en materia de lavado de activos es un ejemplo a considerar en este sentido. Según el debate parlamentario de 1986, uno de los principales objetivos de penalizar el lavado de activos era restringir la oferta de servicios financieros a grupos criminales. Sin embargo, estimaciones del año 2004 mostraron que sólo el 6% de las condenas por lavado de activos se pronunciaban contra quienes no habían intervenido en las conductas precedentes, lo que muestra que, en la práctica, el efecto principal de este tipo penal fue el de mejorar las investigaciones, pero también el de agravar las condenas de quienes ya eran castigados por las conductas precedentes⁶³.

En segundo lugar, en muchos países latinoamericanos la línea entre el decomiso judicial y a confiscación ejecutiva de bienes no está claramente delimitada. Especialmente en los últimos años, los Poderes Ejecutivos de algunos países latinoamericanos han desempolvado instrumentos cuasi-confiscatorios sin siquiera *aggiornarlos* a los estándares del debido proceso administrativo. En este contexto, el decomiso civil del producto del delito podría constituir una herramienta que debilite otros aspectos cruciales en la consolidación de los procesos democráticos.

Con estos recaudos, en este apartado describiremos el funcionamiento de estos procedimientos *in rem* en Estados Unidos, el Reino Unido y Colombia.

⁶² Cfr., por todos, Zaffaroni, Raúl Eugenio, “En busca de las penas perdidas”, Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, segunda reimposición, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1998; Zaffaroni, Raúl Eugenio, Slokar, Alejandro, Alagia, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000; Segato, Rita, “El color de la cárcel en América Latina”, Revista “Nueva Sociedad” No 208, marzo-abril de 2007.

⁶³ Cfr. Cuellar, Mariano Florentino, “The Tenuous Relationship Between the Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance”, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 93, p. 311, 2003.

4.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil⁶⁴ contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito precedente del lavado de activos⁶⁵. Estas acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso⁶⁶.

El procedimiento originalmente establecido fue duramente criticado por establecer poderes excesivos y otorgar pocas posibilidades de defensa⁶⁷. Algunas de estas críticas fueron revisadas a partir de la sanción de la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* en vigencia desde agosto de 2000. Actualmente, el Fiscal debe demostrar que la probabilidad de que los bienes provengan de un delito es mayor que la probabilidad de que tengan origen legal⁶⁸ y quiénes defiendan el bien en cuestión deben probar, con el mismo estándar, que son adquirentes a título oneroso y ni supieron, “*ni era razonable que supieran*”⁶⁹, que la propiedad podía ser objeto de decomiso civil.

En cuanto a los terceros adquirentes de buena fe, los recaudos del régimen actual pueden resultar, sin embargo, más onerosos para terceros de buena fe que los fijados por los tribunales durante el régimen anterior. Por ejemplo, los bancos que participaban en

⁶⁴ El decomiso civil esta regulado en el título 18 del United State Code, a partir de la sección 981.

⁶⁵ Antes del año 2000, el decomiso civil sólo procedía contra bienes sospechados de estar vinculados con el lavado de activos. Sin embargo, la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (2000) expandió esta posibilidad a todas las conductas precedentes del lavado de activos.

⁶⁶ En general, los bienes de valor inferior a USD 500,000 pueden ser decomisados por una autoridad administrativa, sin intervención judicial. Sin embargo, los bienes inmuebles sólo pueden ser decomisados judicialmente aunque su valor sea inferior a USD 500,000 y los instrumentos monetarios pueden ser decomisados administrativamente aún cuando su valor exceda los USD 500,000. Por otra parte, si la demanda de decomiso es contestada, el procedimiento debe ser judicial. Cfr. Low, Lucienda, “Anti-money laundering in the United States” en Pieth. M. and Aiolfi, G., “A comparative guide to anti-money laundering”, Edward Elgar, 2004, p. 368.

⁶⁷ Por ejemplo, impedía que un imputado rebelde en un proceso penal fuera representado en un proceso de decomiso civil a través de representantes, lo que fue revocado por la Suprema Corte en 1996. Cfr. “*Degen v. United States*”, 517 U.S. 820 (1996).

⁶⁸ El estandar requerido es el de “preponderance of the evidence” -“preponderancia de la evidencia”. Antes de 2000, el Gobierno sólo debía probar que “era probable” que los bienes provinieran de un delito para que la carga de probar lo contrario fuera trasladada al demandado, si es que alguien se presentaba a defender su derecho sobre los bienes. La *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del 2000 agravó el estándar probatorio requerido para el gobierno.

⁶⁹ “(3) (A) With respect to a property interest acquired after the conduct giving rise to the forfeiture has taken place, the term “innocent owner” means a person who, at the time that person acquired the interest in the property - (i) was a bona fide purchaser or seller for value (including a purchaser or seller of goods or services for value); and (ii) did not know and was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture”. Title 18, Part I, Chapter 46, § 983, General Rules For Civil Forfeiture Proceedings.

transacciones inmobiliarias a través de préstamos, eran pacíficamente considerados terceros de buena fe aún frente a transacciones inusuales en las que inclusive no hubieran cumplido con prácticas de diligencia comercial normales para la industria bancaria⁷⁰.

El carácter preventivo⁷¹ del decomiso *in rem*, no lo priva, sin embargo, de ciertas garantías constitucionales más típicas del proceso penal que del proceso civil, como la protección contra los allanamientos y secuestros irrazonables garantizados por la cuarta enmienda⁷², la prohibición de auto-incriminación coactiva prevista en la quinta enmienda⁷³ o la protección contra las multas excesivas (principio de proporcionalidad)⁷⁴.

Sin embargo, el intento de decomiso penal no precluye la posibilidad del decomiso civil. La Corte Suprema estadounidense consideró que el decomiso civil, cuando el decomiso penal devino inviable, no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple⁷⁵.

4.2. El Reino Unido

El Reino Unido estableció un sistema de decomiso civil, paralelo a los regímenes de decomiso penal cuyas características hemos visto a través de la jurisprudencia del TEDH en los apartados anteriores.

La Proceeds of Crime Act de 2002, creó una “*Agencia de Recuperación de Activos*” –the Asset Recovery Agency- con la finalidad identificar bienes cuyos propietarios no aparezcan con ingresos legítimos suficientes para haberlos adquirido. La Sección V de esta ley otorgó al Director de esta agencia el poder de iniciar procedimientos *in rem* ante la High Court *contra aquellos bienes* sospechados de provenir de actividades ilícitas.

El Director de la agencia debe establecer que la probabilidad de que los bienes en cuestión tengan origen ilegal es más alta que la posibilidad contraria. Para ello, no es

⁷⁰ Cfr. “US v. One Single Family Residence located at 6960 Miraflores Ave., 731 F. Suppl. 1563”, SD-FL 1990.

⁷¹ Desde 1974 la corte estadounidense afirma el decomiso civil en la responsabilidad ciudadana de extremar los recaudos para evitar la circulación de bienes malhabidos. Cfr “Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co”, 416 US 663.

⁷² Cfr. “One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania”, 380 US 693, (1965).

⁷³ Cfr. “US v. Ward 448”, US 242, (1980).

⁷⁴ “Austin v. US”, 113 S.Ct. 2801, (1993).

⁷⁵ “Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism”, United States of America, 23 de junio 2006, Financial Action Task Force, p. 46.

esencial que demuestre con precisión la conducta ilegal que originó los bienes en cuestión. Es suficiente con que reúna evidencias sobre el “tipo” de delitos de los que se sospecha que es producto el bien en cuestión –e.g. narcotráfico, fraudes, etc-, lo que requiere reunir y armar un cuadro probatorio bastante más complejo que la simple afirmación de que el propietario no tiene ingresos legales que justifiquen su estilo de vida.

La High Court está legalmente autorizada a realizar inferencias –e.g. a partir de conductas delictivas anteriores del propietario del bien- y a utilizar la falta de una explicación plausible sobre el origen del bien en su determinación para ordenar el decomiso⁷⁶.

En 2004, la High Court de Irlanda del Norte convalidó el carácter preventivo de este sistema en “Walsh v. Asset Recovery Agency (ARA)”. El señor Walsh había sido absuelto en un proceso penal por fraude. Sin embargo, la agencia de recuperación de activos había obtenido el decomiso civil de algunos de sus bienes. Walsh estaba cumpliendo una condena de 6 años por robo a mano armada y anteriormente había sido perseguido (y absuelto) por fraudes hipotecarios. Walsh se presentaba como vendedor de autos independiente, a pesar de que no había evidencia al respecto. Pese a que la agencia de recuperación de activos no logró acreditar que los bienes decomisados habían sido originados en alguna conducta específica, la sentencia fue convalidada sobre la base de que la finalidad del procedimiento era simplemente recobrar la propiedad y no condenar o castigar a ninguna persona por haber infringido prohibiciones penales. El procedimiento fue definido como *“esencialmente de naturaleza preventiva porque busca reducir la criminalidad sacando de circulación los bienes que pueden ser mostrados como provenientes de actividades ilícitas; por lo tanto, disminuye la eficiencia productiva de tales actividades y vuelve menos atractiva la ‘intocable’ imagen de quienes que recurren a estas actividades con el propósito de acumular riqueza y estatus social”*⁷⁷.

⁷⁶ Bacarese, Alan, “Asset Recovery in the United Kingdom” en Pieth, Mark (ed.), *Recovering Stolen Assets*, p. 153.

⁷⁷ Cit. en Bacarese, Alan, cit. , ps. 160 y 161.

En 2006, el mismo Tribunal debió responder a la pregunta sobre si el procedimiento equivalía a la aplicación de una pena. Luego de describir detalladamente el procedimiento, la Corte afirmó:

“Nada de lo que el Director de la Agencia está facultado u obligado a hacer puede ser realizado por ningún miembro de las fuerzas policiales... No hay ninguna sección en esta Parte de la ley que establezca la persecución penal de ninguna persona o que otorgue poder al Director de la Agencia para iniciar acciones penales. De ello se sigue que nadie puede ser condenado o sentenciado a prisión o al pago de una multa bajo las normas de esta Parte de la ley. Si la Corte, con un estándar de prueba civil, está satisfecha con que los bienes fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, debe dictar, con sujeción a las garantías antes descriptas, una orden para recobrar la propiedad, no para perseguir a un individuo. Si los bienes fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, creemos que el interés público requiere recobrar los bienes para el beneficio común. El apelante no ha llamado nuestra atención hacia ninguna regla de esta Parte de la ley que parezca injusta y nosotros tampoco pudimos encontrar alguna. Ninguna de las restantes Partes de esta ley tiene efectos sobre esta Parte... Ninguna de las normas de la Parte V de la ley impone una pena, ni civil ni penal. Por estas razones... se desestima la apelación”⁷⁸.

El procedimiento de Decomiso Civil inglés ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH revisada en este capítulo, especialmente los principios sentados en “*Welch v Reino Unido*” en relación con los criterios para determinar cuando el decomiso es una pena. En efecto, el decomiso civil está regulado como una deuda del individuo con la Corte, o con la Agencia de recuperación de activos⁷⁹ y, aunque está rodeado de ciertos incentivos para hacerla efectiva, ninguno de ellos vincula la deuda con la noción de “culpabilidad” del autor. Tampoco la deuda es sustituible por una pena de prisión en caso de incumplimiento. Si bien es cierto que los jueces están obligados a aplicar el sistema de presunciones cuando hay suficiente evidencia de que el titular de los bienes “hace del

⁷⁸ Cfr. “*Belton v. the Director of the Assets Recovery Agency*”, Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte, sentencia del 27 de enero de 2006, párr. 15 y 17.

⁷⁹ En casos más complejos, como los que involucran bienes fuera de la jurisdicción o bienes a nombre de vehículos corporativos, el Fiscal puede requerir a la Corte que nombre un administrador hasta que los bienes se liquiden. Cfr. Bacarese, Alan, cit. , p. 155.

delito su estilo de vida”⁸⁰, también lo es que el Tribunal es libre de decidir cuándo su aplicación podría aparejar un “riesgo de injusticia”.

4.3. Colombia

La Constitución Política de Colombia dispone que *“No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”*. El precepto ha sido regulado a través de la extinción de dominio establecida en la ley 793/2002⁸¹, definida como la pérdida del dominio a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

La acción opera cuando se produce la adquisición o el uso de los bienes en contradicción al ordenamiento jurídico, lo que afecta la función social que debe tener el derecho de propiedad privada según la Constitución. La acción carece de función punitiva pues se limita a declarar la ilegitimidad del título de propiedad. La Corte Constitucional colombiana la ha considerado *“...una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado”*⁸². En consecuencia no resultan aplicables las garantías

⁸⁰ En la Sección 75 de la Proceeds Act de 2002 se define el estilo de vida delictivo por las siguientes condiciones: “(2) The condition is that the offence (or any of the offences) concerned satisfies any of these tests— (a) it is specified in Schedule 2; (b) it constitutes conduct forming part of a course of criminal activity; (c) it is an offence committed over a period of at least six months and the defendant has benefited from the conduct which constitutes the offence. (3) Conduct forms part of a course of criminal activity if the defendant has benefited from the conduct and— (a) in the proceedings in which he was convicted he was convicted of three or more other offences, each of three or more of them constituting conduct from which he has benefited, or (b) in the period of six years ending with the day when those proceedings were started (or, if there is more than one such day, the earliest day) he was convicted on at least two separate occasions of an offence constituting conduct from which he has benefited. (4) But an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than £5000”.

⁸¹ La ley rige desde el 27 de diciembre de 2002. Esta ley tiene su origen en el decreto 1975 del 3 de septiembre del 2002 por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio. La aplicación de la ley 333 desde 1996 estuvo centrada en la extinción de dominio de los bienes por hechos vinculados con el narcotráfico. Ver el informe “La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia”, cit., p. 20.

⁸² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

constitucionales propias del derecho penal⁸³ –por ejemplo, no puede ser alegada la garantía de irretroactividad de la ley⁸⁴—. La extinción de dominio no es una “confiscación de bienes” sino un decomiso que, de acuerdo a la Constitución, sólo puede ser ordenado judicialmente⁸⁵.

La acción procede:

“1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.

2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.

3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito⁸⁶.

4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos

⁸³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1096-03.

⁸⁴ La Corte Constitucional ha justificado la aplicación retroactiva de la ley de extinción del dominio, cfr. sentencia C-740-03.

⁸⁵ “[L]a declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción”, Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

⁸⁶ Este supuesto ha sido criticado porque no está previsto en la Constitución Política expresamente. Ante estas objeciones, la Corte Constitucional sostuvo que “Frente a esta causal podría argumentarse, como lo hace el Procurador General de la Nación, que se trata de una disposición inexequible en cuanto amplía la procedencia de la extinción de dominio a supuestos no previstos por el constituyente. No obstante, lo que hace la citada expresión es dar lugar a la extinción de dominio pero no con base en el artículo 34 de la Carta sino con base en el incumplimiento de la función social y ecológica que a la propiedad le impone el artículo 58”, Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso”⁸⁷.

El art. 3 prevé la sustitución por bienes de valor equivalente⁸⁸ frente a casos, por ejemplo, de destrucción, consumo, desaparición o transferencia a tercero de buena fe⁸⁹.

La acción de extinción de dominio no puede perjudicar a los terceros de buena fe exentos de culpa⁹⁰. Al tercero le es exigible una buena fe calificada, por la cual, debe actuar con lealtad y rectitud y realizar las conductas necesarias para verificar con certeza que la persona que le transmite los derechos sobre el bien en cuestión es el propietario⁹¹.

La Corte Constitucional consideró que la acción respeta el debido proceso⁹² y que no establece una inversión de la carga probatoria a favor del Estado. El Estado debe acreditar la existencia de una causal que haga procedente la acción, quedando el afectado en la posibilidad de controvertir los argumentos esgrimidos. Para justificar tal tesis se afirmó que el particular está en mejores condiciones para fundar la legitimidad del título sobre el bien —teoría de la carga de la prueba dinámica—⁹³. Lo que debe tenerse en cuenta es que el objeto de discusión se ciñe a las causales de procedencia de la extinción de dominio y no a la comisión de las actividades ilícitas.

⁸⁷ Ley 793, art. 2.

⁸⁸ “Debe tenerse en cuenta que, quien adquiere un bien con el producto de una actividad ilícita, intentará deshacerse de él enajenándolo o permutándolo, por cuya transacción recibirá un bien o recurso equivalente. En tales casos, aunque el bien salió de su dominio, lo recibido por dicha transacción puede ser objeto de extinción de dominio, dado que ningún amparo constitucional puede tener el provecho o ventaja obtenido de una actividad dolosa”, Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

⁸⁹ Estos supuestos fueron alegados por el Estado en la sentencia de la Corte Constitucional C-1065/03.

⁹⁰ Ley 793, art. 3.

⁹¹ La cuestión ha sido analizada por la Corte Constitucional y se determinaron que los elementos para que esté presente la buena fe calificada son: ‘a) *Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la creencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes [...] b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño*’, sentencia C-1096/03.

⁹² Ley 793, art. 8 y Cfr. sentencia C-1065/03 de la Corte Constitucional.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia C-740/03 y en la sentencia C-1096/03.

El procedimiento es posible aún en rebeldía del afectado, quien será representado por un curador *ad litem*.

La aplicación de esta ley incrementó el número de sentencias de extinción de dominio. En el período de 1996 a 2002 hubo 44 sentencias, en cambio, entre 2003 y 2004 hubo 264⁹⁴. Aparentemente, el aumento no ha sido acompañado con un sistema eficiente para administrar y distribuir los beneficios derivados de los bienes extinguidos⁹⁵.

5. Decomiso de bienes en poder de terceros

El auge del decomiso del producto del delito trajo como consecuencia la sofisticación de las técnicas de lavado de activos. El aumento del uso de terceros para estos fines, sean personas físicas en la forma de testaferros o personas jurídicas en la forma de vehículos corporativos registrados offshore cuya propiedad es difícil de acreditar- ha llevado a afirmar que *“probablemente, el tema más complicado en este área, es cómo evitar que el imputado evada el decomiso a través del uso de terceros y, al mismo tiempo, proteger adecuadamente los derechos de los terceros de buena fe”*⁹⁶.

Reconociendo el auge de esta problemática, el Consejo de Europa, en la ya comentada Decisión Marco 2005-212, recomienda a los Estados miembros:

“estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica”.

Pero cualquier regulación al respecto debe, como lo indican todos los estándares internacionales, respetar los derechos de los terceros de buena fe. Al regular el decomiso,

⁹⁴ Cfr. informe “La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia”, cit., p. 26.

⁹⁵ Ver el informe “La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia”, cit., p. 31.

⁹⁶ Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, *supra* nota 17, p. 262.

el artículo 31 de la UNCAC establece que “*Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe*”⁹⁷.

Los países difieren en la forma de resolver esta tensión.

Algunos países recurrieron a la teoría del “control” para permitir el decomiso de bienes “bajo el control” del imputado⁹⁸, aún cuando estén en poder de terceros⁹⁹, si la acusación puede probar o bien que el tercero conocía o debió conocer el origen del bien o bien que el tercero fue negligente al momento de su adquisición¹⁰⁰.

Algunos países admiten excepciones al derecho de los terceros de buena fe y permiten el decomiso de bienes que han sido transferidos en forma gratuita –regalados, herencias- o sin una remuneración adecuada. El fundamento de esta reglas es que los intereses de la política de decomisar el producto del delito superan los de proteger a quienes recibieron los bienes gratuitamente.

Siguiendo el mismo razonamiento, algunos países admiten el decomiso de bienes que benefician a una persona jurídica desvinculada de los procedimientos penales. En verdad, este procedimiento tiende a evitar la utilización de vehículos corporativos para ocultar bienes de origen ilícito.

El TEDH admitió, en muchas oportunidades, la compatibilidad del decomiso *de bienes en poder de terceros, bajo procedimientos civiles, limitando la protección de los terceros* a las garantías que la determinación de los derechos civiles en general y la propiedad privada en particular. Esto incluye el derecho a ser informado sobre cómo recurrir las decisiones que afectan a los derechos; el derecho a intervenir en el procedimiento, aunque la medida en cuestión esté siendo o haya sido tomada; el derecho a ser oído ante el tribunal que tomará o ha tomado la decisión y el derecho a ser representado legalmente¹⁰¹.

⁹⁷ Téngase en cuenta que el *Preámbulo* de la Convención de la ONU hace referencia a la protección del derecho de la propiedad, cuando reconoce “los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad”.

⁹⁸ Es el caso, entre otros, de Francia, Japón o el Reino Unido. Cfr. Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, op. cit., p. 262.

⁹⁹ Está opción está disponible en sistemas con tradiciones jurídicas tan diferentes como México, Australia, Finlandia y Dinamarca. Cfr. Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, op. cit., p. 262

¹⁰⁰ Es el caso, por ejemplo, de Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega, entre otros. Cfr. Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, op. cit., p. 262

¹⁰¹ Ver la sentencia del Tribunal Europeo en los casos “Agosi vs. United Kingdom”, 24 de octubre de 1986, nro. 9118/80 y “Air Canada vs. United Kingdom”, 5 de mayo de 1995, nro. 18465/91.

6. Sustitución de bienes: el decomiso “de valor equivalente”

Para evitar algunos de los problemas asociados al decomiso en poder de terceros, prácticamente todos los países admiten el decomiso “basado en el valor” o sustitutivo. A diferencia del decomiso “objetivo”, que constituye una transferencia de la propiedad de origen ilícito al Estado, el decomiso “del valor equivalente” consiste en una obligación de pagar determinada cantidad de dinero al Estado por parte de quien se enriqueció ilícitamente. La orden se dirige a la persona condenada por el delito, es decir, que el modelo opera *in personam*.

La principal característica de este modelo es que los bienes no mantienen una “relación física” con el delito, lo que permite decomisar bienes que no estén conectados de ningún modo con el delito en cuestión, es decir, sin importar el modo en el cual esos bienes hayan sido adquiridos. En otras palabras, este modelo permite el decomiso de bienes obtenidos lícitamente. La principal ventaja en relación con el modelo objetivo es que el decomiso basado en el valor no requiere rastrear los activos obtenidos mediante la comisión del delito, sino únicamente determinar su valor. Una vez determinado, el decomiso procede contra cualquier activo disponible perteneciente a la persona condenada.

Por otra parte, dado que el decomiso basado en el valor sólo opera contra la propiedad perteneciente a la persona condenada, no existen riesgos de afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe. La obvia desventaja del sistema deviene de la posible insolvencia del condenado, de la transferencia a personas físicas a quienes no pueda imputarse un tipo de lavado de activos, o la transferencia a personas jurídicas en sistemas que no prevén su responsabilidad penal, ni la resuelven para el caso específico del decomiso.

En la práctica, el decomiso basado en el valor opera como una pena de multa. Sin embargo, no deben perderse de vista sus diferencias conceptuales: mientras que el monto de la multa se relaciona con la gravedad del hecho y con la conducta de la persona condenada, el monto del decomiso del producto del delito se determina en función de las ganancias producidas por el delito.

A favor del decomiso sustitutivo también se ha afirmado que un modelo de decomiso puramente objetivo podría llevar a consecuencias injustas, dado que los bienes que han sido consumidos al momento en que se emite la orden de decomiso, o los bienes que no pueden ser rastreados, escapan al decomiso independientemente de que se haya identificado al autor del delito. Como señaló gráficamente la Corte Suprema estadounidense, *“un ganster que despilfarra sus ganancias en mujeres y vino se ha beneficiado del delito del mismo modo que aquel que puso sus ganancias en una cuenta bancaria”*¹⁰².

El decomiso sustitutivo podría violentar el principio de prohibición de múltiple persecución por el mismo hecho de una persona condenada por lavado de activos y, luego, por el delito precedente, o en caso de que hubiera existido una reparación civil previa o extrajudicial a las víctimas. Algunas legislaciones obligan a sus tribunales, al determinar el monto a decomisar, a establecer si existieron erogaciones previas vinculadas¹⁰³.

Las Convenciones internacionales receptan ambos modelos indistintamente¹⁰⁴, dejando al legislador doméstico la decisión sobre si implementar uno o ambos modelos, y en el último caso, si permitir su aplicación alternativa o subsidiaria.

La mayoría de los países, tanto de tradición continental como de tradición anglosajona permiten ambos sistemas¹⁰⁵, aunque el decomiso basado en el valor es una alternativa subsidiaria, que opera únicamente cuando el producto del delito no puede ser

¹⁰² “US v Ginsberg”, 773 F. 2d, 789, 802, (7th Cir. 1985).

¹⁰³ Cfr. Stessens, G., cit., p. 80.

¹⁰⁴ En la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en el art. 5 se dispone “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto”. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se prevé en el artículo 12 que “1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”. Por su parte, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece en el artículo 31 que “1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”.

¹⁰⁵ Son notables las excepciones de España y México, que no admiten la sustitución. Cfr. Pieth, Mark, “Seizure and Confiscation” en Pieth, M., Low, L. y Cullen, P., “The OECD Bribery Convention. A commentary”, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 257. En el Reino Unido y en Holanda, en cambio, el decomiso basado en el valor es la regla si el imputado dispone de bienes para que sea realizado, Cfr. Stessens, G., cit, p. 35.

rastreado. Por ello, el decomiso basado en el valor es también llamado “decomiso sustitutivo”. En la práctica, el decomiso basado en el valor opera a la par del decomiso objetivo¹⁰⁶ en muchos países, incluyendo los Estados Unidos donde las excepciones que permiten la sustitución son tantas¹⁰⁷ que usualmente se ejecuta contra los bienes que el Fiscal logre inmovilizar.

7. El “producto” de los delitos de corrupción

El art. 2.e de UNCAC define el producto del delito como “*los bienes¹⁰⁸ de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito*” y el art. 31 de la UNCAC fija ciertos parámetros mínimos para determinarlo.

Por una parte, cubre los casos en los que el producto original se convierte o transforma, total o parcialmente, en otros bienes. Por otra, cubre los casos en los que el producto se entremezcla con otros bienes adquiridos de fuentes lícitas, obligando a los Estados parte a decomisar “*hasta el valor estimado del producto entremezclado*”.

Finalmente, también prevé el decomiso del “producto secundario”, es decir, de cualquier ganancia derivada del producto del delito. Al respecto establece que el decomiso debe recaer sobre “*los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito*”, cubriendo también los casos en los cuales tales beneficios se han transformado, convertido o entremezclado con otros bienes. Ello incluye cualquier apreciación, interés, renta o beneficio derivado de cualquier inversión realizada con el producto del delito.

Como se explicó antes, el decomiso del producto del delito fue reintroducido a fines de los 80 para reducir el narcotráfico y posteriormente ampliado a otros mercados ilícitos incluidos en el concepto de criminalidad organizada. En estos mercados, todas las transacciones son ilícitas porque se refieren a los bienes o servicios que están fuera del comercio legítimo –estupefacientes, órganos humanos, trata de personas, migración

¹⁰⁶ Stessens, G., cit, p. 35

¹⁰⁷ La sustitución es permitida cuando el producto del delito no pueda ser localizado, haya sido transferido o vendido a un tercero, haya sido transferido fuera de la jurisdicción del tribunal, haya disminuido sustancialmente su valor, o se haya entremezclado con otra propiedad de la cual no pueda ser separada sin dificultades, el decomiso procede contra cualquier bien, sin importar su relación con el delito. Cfr. título 18 del United State Code, a partir de la sección 982.

ilegal, armas, etcétera-. Ningún contrato es ejecutable y el objetivo político-criminal de decomisar el producto relacionado con estos delitos es, precisamente, reducir estos mercados ilícitos.

Los delitos de corrupción merecen en cambio un análisis diferente.

En términos generales, el producto de los delitos de corrupción puede provenir de dos fuentes: de las arcas públicas –fraudes contra la administración pública, malversaciones de caudales públicos, algunos casos de negociaciones incompatibles- o del sector privado –exacciones ilegales, cohechos, tráfico de influencia. En el primer caso, el producto del delito usualmente equivale al dinero desviado del tesoro público, y su determinación no ofrece mayores inconvenientes.

En los casos de cohecho, en cambio, el producto incluye tanto las ventajas económicas recibidas por el servidor público –el soborno o la dádiva- como las ventajas económicas obtenidas a cambio del pago del soborno.

El caso del soborno no ofrece ninguna dificultad. En cambio, los beneficios obtenidos a raíz del soborno –el contrato, la licencia, la obra, la autorización, la ley, la sentencia, la resolución o lo que fuera que diera motivo al pago del soborno-, requieren de mayor análisis.

Algunas legislaciones han establecido el decomiso de las ventajas (netas) económicas obtenidas, sólo si se comprueba que el soborno fue el factor determinante para la conclusión del contrato¹⁰⁹. Otras legislaciones, en cambio, han incluido fórmulas amplias que tienden a permitir cierta discreción de los tribunales en la determinación del monto a decomisar¹¹⁰.

¹⁰⁸ Los bienes son definidos en el artículo 2, d). como “*los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”

¹⁰⁹ Cfr. “Alemania”, Fase 1, p. 9 disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/14/1/2386529.pdf>, para Suiza, “Evaluación de Suiza sobre la implementación de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OECD”, Fase 1, de febrero de 2000, p. 10, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/16/45/2390117.pdf>

¹¹⁰ La ley Noruega ha incluido en su legislación interna la misma redacción que el comentario oficial de la Convención OECD, ordenando el decomiso de las “ganancias u otros beneficios del sobornador derivados de la transacción, u otras ventajas impropias obtenidas o retenidas a través del soborno”. Cfr. “Evaluación de Noruega”, Fase 1, p. 15, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/15/35/2389183.pdf>. La jurisprudencia francesa ha admitido el decomiso del precio del contrato obtenido por medio del soborno, cfr. “Evaluación de Francia”, Fase 1, p. 16, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/24/50/2076560.pdf>

En muchos casos, probar en juicio qué es exactamente lo que se ha comprado con el soborno no es materia sencilla. Un cohecho puede comprar desde la posibilidad de participar en una licitación hasta un monopolio de por vida, pasando por admitir bienes o servicios sobrevaluados, consentir la falta de controles sobre la calidad de los bienes o servicios, permitir el crecimiento de un grupo económico a expensas de sus competidores.

Sin embargo, como señala Pieth, requerir una relación causal entre el soborno y el otorgamiento del contrato es probablemente la mejor forma de otorgar cierta previsibilidad sobre las reglas aplicables y de evitar que la incertidumbre incida en el cálculo de riesgos de expropiación y repercuta en la confianza de los inversores¹¹¹.

Aún asumiendo que la evidencia del caso permita al juez establecer una relación de causalidad entre el soborno y el contrato o la ventaja de la que se trate, determinar el “*beneficio económico*” obtenido al momento de sentenciar el decomiso puede ser extremadamente difícil.

Cuando se trata de mercados ilícitos, como los estupefacientes o el tráfico de órganos, la mayoría de las legislaciones admiten el decomiso de las ganancias brutas porque el fundamento del decomiso es, precisamente, desarticular las organizaciones que lucran con esos bienes o servicios. Cuando se trata de evaluar las ventajas obtenidas a raíz de un contrato que, si no fuera por el soborno, sería lícito, parece claro que el análisis debe variar. Para comenzar, no pareciera haber buenas razones para que los costos no puedan ser deducidos.

Por otra parte, cuando se trata de concesiones, licencias o contratos de explotación a largo plazo, las ventajas económicas pueden no conocerse al momento de determinar el decomiso. En estos casos, los precios de mercado pueden ayudar al Juez a realizar la estimación.

Como en la mayoría de las legislaciones el decomiso del “producto del soborno” es discrecional, la experiencia en la materia es, aún en los países de la OECD, muy pobre: los fiscales están en general poco acostumbrados a requerir el decomiso en los casos de

¹¹¹ Pieth, Mark, “Seizure and confiscation”, cit., p. 260.

corrupción, y cuando lo están, enfrentan serias dificultades para probar y discutir los beneficios obtenidos¹¹².

Una explicación plausible de estos resultados es la tendencia de los países de tradición continental de dejar estas determinaciones para el derecho civil y administrativo¹¹³.

¹¹² Ibidem, p. 263.

¹¹³ Ver, por ejemplo, el art. 8 de la Civil law Convention on Corruption del Consejo de Europa, ETS 174, del 4 de Noviembre de 1999: “Cada Parte deberá proveer en su derecho interno la posibilidad de que aquellos cuyo consentimiento haya sido viciado por un acto de corrupción puedan recurrir a un Tribunal para reclamar la anulación del contrato”. Más enérgicamente, el Decreto 1023-01 del Poder Ejecutivo argentino, estableció la “rescisión de pleno derecho del contrato” en el que hubiera habido dádivas, cohechos u otras formas de corrupción.