



Abordajes jurídicos a los retos probatorios en procesamientos por lavado de activos y procedimientos de decomiso

Una revisión constitucional

Octubre 2023



Financiado por
la Unión Europea



Contenidos	
Prólogo	4
Agradecimientos	5
Siglas	6
Definiciones clave	7
I. Introducción	9
1. Nota: la noción de prueba en derecho civil y anglosajón	10
2. Desafíos probatorios en procesos judiciales por lavado de activos	11
3. Aparición de "innovaciones jurídicas"	12
3.1. El movimiento internacional para resolver los retos probatorios en torno al origen ilícito de los bienes	12
3.2. Ejemplos de innovaciones en el derecho nacional	13
4. Retos que plantean los enfoques innovadores	15
4.1. Tensión con los derechos fundamentales	15
4.2. Desafíos respecto de la cooperación internacional	17
5. Metodología	20
II. Delitos penales	21
6. Delitos de lavado de activos	22
6.1. El uso de pruebas circunstanciales	30
6.2. Presunción legal del origen ilícito para el lavado de activos	26
6.3. Enriquecimiento ilícito	27
6.4. No justificación de recursos	33
III. Recuperación del producto del delito	35
6.5. Consideraciones generales	36
6.6. Modelos de decomiso basados en condena	36
6.7. Modelos de decomiso no penales	41
6.8. Imposición del producto del delito	56
6.9. La necesidad de una condena: ¿el decomiso es una sanción penal?	60
6.10. Procedimientos penales y civiles contemporáneos	64
7. Otras herramientas para la divulgación de patrimonio no justificado	66
7.1. Divulgación forzosa	66
7.2. Obligaciones de transparencia	67
Anexos	68

Prólogo

A medida que nos adentramos en el complejo panorama de la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, resulta evidente que muchas naciones enfrentan formidables desafíos en este frente. La comunidad global reconoce que el incesante flujo de fondos ilícitos amenaza la estabilidad y la integridad de las sociedades de todo el mundo. Para hacer frente a esta amenaza se requieren estrategias polifacéticas que sean efectivas y respetuosas de los derechos fundamentales. En esta publicación, presentamos los frutos de una amplia investigación llevada a cabo conjuntamente por el *EU AML/CFT Global Facility* y el *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*, destinada a descubrir mecanismos jurídicos innovadores o no tradicionales para hacer frente a los retos probatorios que plantean los procesamientos por lavado de activos y el decomiso de los productos de conductas delictivas.

En todo el mundo, infinidad de países se enfrentan a la ardua tarea de combatir el lavado de activos, que se hace aún más compleja por la constante evolución de las tácticas empleadas por los delincuentes para ocultar sus ganancias mal habidas. Uno de los principales retos en este esfuerzo es la dificultad de demostrar el origen ilícito de los activos. Esta dificultad puede obstaculizar los esfuerzos de los organismos de orden público y de los fiscales, permitiendo a los delincuentes actuar con impunidad. Un informe reciente del GAFI señala que, a pesar del establecimiento de medidas de prevención de gran alcance, los países de todo el mundo siguen enfrentándose a inmensas dificultades para lograr condenas y decomisos en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

En respuesta a estos retos, y siguiendo el impulso de las convenciones internacionales en esa dirección, muchos países han introducido mecanismos que adoptan un enfoque novedoso respecto a ese problema, que contrasta con las teorías clásicas, por ejemplo, en el ámbito del decomiso penal. Sin embargo, es esencial abordar la adopción más amplia de estos mecanismos teniendo muy en cuenta su compatibilidad con los derechos fundamentales, principalmente la presunción de inocencia y los derechos de la defensa. En efecto, éstos constituyen salvaguardias cruciales que protegen a las personas de un procesamiento y una condena injustos.

Aunque estos mecanismos pueden resultar novedosos para muchas jurisdicciones, otras ya se han enfrentado a planteamientos constitucionales en relación con su aplicación. Estas naciones han logrado un equilibrio armonioso entre la persecución del lavado de activos y el decomiso de los productos del delito y, al mismo tiempo –y esto es crucial–, la defensa de los derechos del acusado o procesado. Aunque cada legislación nacional es, en cierto modo, única y fruto de la tradición jurídica y la experiencia de un país, creemos que hay principios comunes –e importantes lecciones– que extraer de tales experiencias. El objetivo de esta publicación no es recomendar un enfoque sobre otro, sino aportar ideas sobre cómo puede superarse la dificultad de probar el origen ilícito de los activos, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

Esta publicación representa un hito importante en nuestro compromiso permanente de avanzar en la lucha mundial contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En estas páginas encontrará un amplio catálogo de mecanismos jurídicos elaborados por legisladores nacionales y revisados por expertos en la materia.

Esta publicación, acompañada de su anexo –un catálogo de mecanismos jurídicos–, constituirá un valioso recurso para responsables políticos, legisladores, juristas y estudiosos de todo el mundo. Confiamos en que las ideas aquí contenidas ayuden a las naciones a reforzar sus arsenales jurídicos nacionales, mejorando su capacidad para hacer frente a los retos que plantean el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Además, concebimos esta publicación como una herramienta para facilitar la cooperación internacional. En un mundo en el que los delitos financieros trascienden las fronteras, la colaboración entre las naciones es imperativa. Los mecanismos jurídicos esbozados en este catálogo pueden servir de referencia común, permitiendo a países con sistemas jurídicos diferentes colaborar con eficacia en la búsqueda de la justicia.

Tenemos la sincera esperanza de que la investigación y las ideas aquí contenidas guíen a las naciones hacia un futuro en el que los lavadores de activos sean llevados ante la justicia y privados de sus beneficios mal habidos, sin dejar lugar a la impunidad.

Por último, deseamos dar las gracias a todos los expertos e instituciones que han contribuido a esta investigación. Especial gratitud a los miembros del grupo de trabajo y a los socios que organizaron sus reuniones en Siracusa, Aqaba, Bucarest y Chisinau.

Agradecimientos

El presente informe ha sido elaborado por Flavio Bellio, Investigador del *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*, bajo la supervisión de Jean-François Thony, presidente del *Siracusa International Institute*, David Hotte, jefe de Equipo del *EU AML/CFT Global Facility*, Mamuka Jgenti, Experto Principal en Justicia y Sociedad Civil del *EU AML/CFT Global Facility*, y Filippo Musca, director general del *Siracusa International Institute*.

El contenido científico de este documento fue revisado por el grupo de trabajo de expertos del proyecto, cuyos miembros, actuando a título individual, fueron Samya Abu Shareef (Reino de Jordania), Tareq Ahmed Al-Rashed (EAU), Navin Beekarry, (Islas Mauricio) Toma Birmontiene (Lituania), Francis H. Cassidy (Irlanda), Carlos Japiassu (Brasil), Jean-Paul Laborde (Francia), Elzbieta Frankow-Jaskiewicz (Polonia), Carsten Mahnke (Alemania), Cristina Mauro (Francia), George Papuashvili (Georgia), Razvan Horatiu Radu (Rumania), Rodica Secrieru (República de Moldavia), Alexandru Tanase (República de Moldavia) y Nicole Voorhuis (Países Bajos).

Extendemos nuestro especial agradecimiento a F. Musca y M. Jgenti por su compromiso y asesoramiento periódicos, así como a Francis H. Cassidy por sus exhaustivos análisis y contribuciones a la investigación.

Gracias también a Giulia Romano por sus contribuciones sobre el sistema italiano y su apoyo incondicional.

Naturalmente, este estudio no podría haber alcanzado tales resultados sin las valiosas percepciones aportadas por los numerosos encuestados, que aceptaron compartir su experiencia como fiscales, jueces, académicos, responsables políticos y otros expertos jurídicos. En particular, gracias a los miembros de las redes de la Asociación Internacional de Fiscales, la Unión Internacional de Magistrados y el *Siracusa International Institute*. Gracias a la Asociación Internacional de Derecho Penal, y en particular a John Vervaele, Katalin Ligeti y Stanislaw Tosza, por su apoyo en la recopilación de datos.

Gracias también al personal del *Siracusa International Institute* y del *EU AML/CFT Global Facility*, en particular a Camille Dupire, Stefania Lentinello y Andreea Ohota, por su apoyo administrativo, organizativo y logístico.

Por último, gracias a las instituciones asociadas que acogieron las actividades del proyecto y las reuniones del grupo de trabajo de expertos, que se celebraron en Siracusa (Italia), Bucarest (Rumania), Aqaba (Jordania) y Chisinau (Moldavia).

Siglas

AAR	República Autónoma de Ayaria (Georgia)
ALA	Anti-lavado de activos
CAB	Oficina de Activos Criminales (Irlanda)
CAP	Código de Procedimiento Administrativo (Georgia)
CCP	Código de Procedimiento Penal (Georgia)
CFT	Contra el financiamiento del terrorismo
DIA	Brigada nacional antimafia (Italia)
DPP	Director del Ministerio Público
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
FT	Financiamiento del terrorismo
GGIRA	Ley sobre Informes de Integridad y Buena Gobernanza (Mauricio)
HMRC	Hacienda del Reino Unido
IRSA	Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad (Mauricio)
MSB	Prestadores de servicios monetarios
LA	Lavado de activos
NCA	Agencia Nacional contra el Crimen (RU)
DSC	Decomiso sin condena
OEA	Organización de Estados Americanos
OUA	Organización de la Unidad Africana
GDO	Grupo de Delincuencia Organizada
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
POCA	Ley sobre el producto del delito (Irlanda, Mauricio, RU)
RAS	Región Administrativa Especial (Hong Kong)
EAU	Emiratos Árabes Unidos
ONU	Naciones Unidas
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
RU	Reino Unido
EE. UU.	Estados Unidos de América
UWO	Orden de Patrimonio no Justificado (Mauricio, RU)

Principales conclusiones

El objetivo de esta publicación es presentar una visión general de los mecanismos jurídicos existentes destinados a resolver los retos probatorios en el procesamiento del lavado de activos y la recuperación del producto del delito. No se pretende recomendar un enfoque sobre otro, sino más bien presentar las opciones existentes que los legisladores de todo el mundo podrían tratar de emular, basándose en sus propias necesidades y contexto nacional, con el fin de reforzar la legislación de su jurisdicción.

La prueba del origen ilícito de los activos representa a menudo el mayor reto en los procesos por lavado de activos y en los procedimientos de decomiso, y las leyes más comúnmente presentes en las jurisdicciones de todo el mundo pueden no ser suficientemente efectivas contra los esquemas cada vez más complejos desplegados por los lavadores de activos.

Ante este reto, muchas jurisdicciones han introducido mecanismos innovadores, en un movimiento internacional que aún hoy continúa con la constante promoción de estos mecanismos a nivel internacional y su progresiva introducción en las legislaciones nacionales. Aunque algunos de estos mecanismos se utilizan desde hace tiempo en algunas jurisdicciones, es posible que no existan en todas partes.

De ahí que los países en los que la fiscalía tiene dificultades para demostrar el lavado de activos o el origen ilícito de los bienes puedan beneficiarse de su introducción en sus propios procesos legales. De hecho, esos países corren el riesgo de verse desbordados por las actividades de la delincuencia organizada a causa del "arbitraje normativo" realizado por los GDO, que se dirigen a los Estados donde pueden encontrar impunidad.

Los países en los que no existen estos mecanismos se enfrentan a retos a la hora de introducirlos y de prestar asistencia a los países en los que se utilizan. De hecho, el *EU AML/CFT Global Facility* ha observado de primera mano que los países que potencialmente podrían beneficiarse de estos mecanismos pueden ser reacios a introducirlos en su legislación nacional. Esto se debe a su percepción de que algunos de estos mecanismos son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales o pueden no ser compatibles con su constitución u ordenamiento jurídico nacional. Por la misma razón, esos países tienen dificultades para prestar asistencia jurídica a las solicitudes de otros países basadas en mecanismos que no existen en su propia legislación.

Para resolver este problema, cada vez se acepta más el uso de presunciones relativas al origen ilícito de los bienes o al elemento mental de los delitos, siempre que existan garantías suficientes. Es importante señalar que estas presunciones deben ser siempre refutables. Tales presunciones se han incluido también en relación con el delito de lavado de activos para facilitar su persecución.

En varias jurisdicciones se ha evaluado la constitucionalidad de los delitos que incluyen tales presunciones, que pueden suponer una inversión de la carga de la prueba al acusado, ya que se han impugnado basándose en la percepción de que violaban derechos fundamentales, principalmente la presunción de inocencia y el privilegio contra la autoincriminación. En particular, esto se ha hecho en relación con el delito de enriquecimiento ilícito, en virtud del cual un aumento desproporcionado del patrimonio de una persona que no esté justificado por sus ingresos legales da lugar a una condena penal si el acusado no demuestra el origen lícito de los bienes. La jurisprudencia de varias jurisdicciones ha considerado que estos mecanismos eran compatibles con los derechos fundamentales. En esos casos, los tribunales basaron su evaluación en si:

- las autoridades competentes necesitaban presentar indicios razonables, más allá de una mera formalidad, para activar la presunción;
- la presunción se desprendía racionalmente de los hechos probados;
- esta excepción a la presunción de inocencia estaba justificada por el interés general; y
- la refutación de la presunción podía hacerse probando hechos particularmente conocidos por el acusado, para que la carga que se le imponía fuera aceptable.

Se han aplicado normas y pruebas similares, con un enfoque menos restrictivo a favor de las autoridades competentes, en materia de decomiso.

También se han introducido en varias legislaciones nacionales recursos alternativos al decomiso penal clásico. Los modelos de decomiso ampliado, en virtud de los cuales se presume que parte del patrimonio de una persona condenada por delitos lucrativos procede de una conducta delictiva, existen en varias partes del mundo y han superado las pruebas de compatibilidad con los derechos fundamentales, principalmente debido al carácter racional y refutable de dichas presunciones. Cabe destacar que, en Europa, un mecanismo general de decomiso (en virtud del cual pueden decomisarse los bienes de una persona condenada por delitos específicos y especialmente graves, independientemente de su origen lícito) ha sido declarado compatible con los derechos fundamentales.

Según normas aceptadas casi universalmente, el decomiso puede dissociarse de la cuestión de la culpabilidad, ya que, en general, los países se alejan cada vez más de la percepción de que el decomiso es una pena. De hecho, en muchas jurisdicciones, el decomiso puede concebirse como una medida que pretende restablecer la situación financiera de las personas implicadas a la que habría sido de no haberse cometido el delito. Se aplica paralelamente a las sanciones cuya finalidad es castigar la conducta delictiva (como multas o penas de prisión). En consecuencia, cada vez está más aceptado que el decomiso pueda ordenarse como parte de un procedimiento civil, independientemente de la acción penal, y que la presunción de inocencia no se aplique a tales procedimientos. Existen varios modelos, incluidos aquellos en los que se presume el origen ilícito de los bienes y en los que el acusado tiene que asumir un papel activo en la defensa de su titularidad aportando una justificación del origen lícito de sus bienes. Es importante señalar que, en la mayoría de las jurisdicciones, las declaraciones utilizadas para justificar el origen de los bienes no pueden utilizarse en procesos penales contra esa persona, con el fin de garantizar su privilegio contra la autoincriminación.

Lo anterior se aplica al decomiso de bienes que se consideran producto del delito (incluso mediante el uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba). Algunos tipos de decomiso pueden aplicarse incluso a bienes de origen lícito demostrable, por ejemplo, cuando no es posible encontrar entre los bienes del acusado los bienes específicos identificados como producto del delito (decomiso por valor equivalente); o para castigar a un delincuente condenado por delitos especialmente graves (decomiso general). En este último caso, se considera una pena.

La presunción de origen ilícito de los bienes puede basarse en varios elementos, dependiendo de la jurisdicción. Un elemento recurrente es, como en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, la existencia de una desproporción entre el patrimonio del que disfruta el acusado y sus ingresos lícitos, que no puede justificar. Existen sistemas en los que el decomiso puede ordenarse únicamente sobre la base de esta desproporción injustificada, sin necesidad de demostrar una conexión entre los bienes y la actividad delictiva. Otras jurisdicciones van incluso más lejos y sólo necesitan demostrar que el acusado posee bienes, tras lo cual tiene que demostrar, sopesando las probabilidades, que los bienes no son desproporcionados en relación con sus ingresos lícitos, para que éstos no sean decomisados.

Además, esta publicación también menciona cómo otras herramientas, como las obligaciones de transparencia, pueden utilizarse para facilitar la recuperación de activos.

Como conclusión general, cabe señalar que, en muchas partes del mundo, los mecanismos más draconianos están íntimamente relacionados con las políticas de los países para luchar contra la delincuencia organizada y la corrupción, que amenazan los cimientos de la sociedad, y este objetivo de interés general es la justificación de muchas de estas reducciones en la protección de los derechos de las personas. Esta investigación pone de relieve el carácter crucial de reflexionar sobre enfoques innovadores para llevar a los culpables ante la justicia respetando los derechos fundamentales, lo que sólo puede hacerse incorporando las salvaguardias adecuadas; diseñándolas y aplicándolas teniendo en cuenta el interés común; y sustentándolas en un marco institucional sólido y democrático.

I. Introducción

1. Nota: la noción de prueba en derecho civil y anglosajón

La carga de la prueba se refiere al deber de una parte en una contienda legal de probar una afirmación o acusación para que quede legalmente establecida. En los procesamientos penales, según los principios universalmente aceptados del derecho y el procedimiento penales,¹ la carga de la prueba de los elementos del delito recae en el fiscal. Del mismo modo, en los procedimientos de decomiso, la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos para el decomiso (por ejemplo, que los bienes son producto del delito) recae en las autoridades que exigen el decomiso de los bienes objeto de litigio.

El concepto de "estándar probatorio" se refiere al grado en el que debe probarse la afirmación o acusación para que quede legalmente establecida, que puede variar en función del sistema jurídico de la jurisdicción en cuestión y del tipo de acción, fundamento jurídico y procedimiento utilizado. Aunque una comparación exhaustiva de los estándares probatorios utilizados en diferentes jurisdicciones de todo el mundo va mucho más allá del alcance de esta publicación, es importante tener en cuenta las principales tendencias en este ámbito con el fin de proporcionar un contexto a los mecanismos descritos en las páginas siguientes.

Los sistemas jurídicos de derecho anglosajón (*common law*) suelen exigir diferentes estándares probatorios, que oscilan entre los siguientes:²

1. causa probable o motivos razonables para creer, a menudo definidos como algo más que una mera sospecha;
2. preponderancia de la prueba o equilibrio de probabilidades, que suele significar que una proposición tiene más probabilidades de ser cierta que de no serlo.
3. más allá de toda duda razonable, que equivale a cuasi certeza.

Normalmente, los países de derecho anglosajón exigen una prueba más allá de toda duda razonable para obtener una condena penal y aplican el criterio del equilibrio de probabilidades a las causas civiles.

En cambio, los países de tradición jurídica romanista tienden a no distinguir entre los estándares probatorios y exigen, para que una proposición se considere verdadera, que la parte que la afirma obtenga la "íntima convicción" del juez. Más que un estándar probatorio rígido, la íntima convicción es "en esencia, un método flexible para valorar las pruebas disponibles, basado en la convicción del juzgador, en contraste con un sistema rígido de normas probatorias (*preuve légale*, prueba legal/tasada, *gesetzlicher Beweis*)".³ Sin embargo, "implica un concepto de convicción que se aproxima a la certeza, sin dejar lugar a dudas razonables. En otras palabras, la mejor explicación posible de ciertos

¹ Se trata de un elemento derivado de la presunción de inocencia. Para más detalles, véase el apartado 6.3.2.

² Véase también T. S. Greenberg, L. M. Samuel, W. Grant y L. Gray, *Stolen Asset Recovery - A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture*, 2009, (Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena), Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 58-63.

³ K. Ambos, "Intime conviction" en Alemania. *Conceptual foundations, historical development and current meaning*, (Fundamentos conceptuales, evolución histórica y significado actual), *Quaestio facti*. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio, 2023 vol. 4 (1), 2.

hechos es suficientemente buena para ser considerada como verdadera. Así pues, la convicción necesaria está informada por el estándar [más allá de toda duda razonable]".⁴

En otras palabras, y para el objetivo comparativo de esta publicación, la "íntima convicción" puede equipararse aproximadamente a la norma de "más allá de toda duda razonable".

Estas tendencias no son absolutas y es imposible detallar aquí todos los matices presentes en todas las jurisdicciones. Estas nociones también son dinámicas, ya que países tradicionalmente de derecho civil, como Italia, han experimentado profundas reformas judiciales y ahora aplican estándares probatorios similares a los de los sistemas de derecho anglosajón. Otro ejemplo es la reciente reforma del Código Civil de Bélgica, que introdujo la posibilidad de que el juez civil invierta la carga de la prueba si la aplicación de las reglas generales de la prueba tiene consecuencias "manifiestamente irrazonables".⁵

2. Desafíos probatorios en procesos judiciales por lavado de activos

En los últimos treinta años se ha producido un cambio en los enfoques utilizados para combatir la delincuencia organizada, un movimiento encabezado, entre otros, por los redactores de convenios internacionales como los Convenios de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,⁶ la Delincuencia Organizada Transnacional⁷ y la Corrupción.⁸ La comunidad internacional ha ampliado su enfoque para incluir una estrategia adicional dirigida al producto del delito, que tiene que entrar en los mercados legales para ser lavado y es, por tanto, más vulnerable, con el fin de reducir el principal motor de las empresas delictivas: el beneficio. Gracias a estas normas internacionales, respaldadas también por los trabajos de organismos como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la lucha contra la delincuencia organizada, el lavado de activos y la corrupción puede desglosarse en tres elementos principales: prevención, represión y decomiso.

Esta publicación se centra en dos áreas clave de este enfoque: la prevención y represión del lavado de activos mediante el proceso judicial y la recuperación del producto del delito.

Uno de los requisitos previos para la persecución eficaz del lavado de activos es un marco jurídico adecuado. Si bien la mayoría de las jurisdicciones han realizado grandes progresos en la adecuación de su legislación a las normas internacionales en materia de lucha contra el lavado de activos y contra el

⁴ Ibid., 21.

⁵ Y. Ninane, "*Le droit de la preuve est modernisé et le Code Napoléon prend un coup de vieux!*" (Se ha modernizado el derecho probatorio y se ha revisado el Código Napoleónico), *Les pages – Obligations, contrats et responsabilités*, 2019 n. 55.

⁶ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 19 de diciembre de 1988, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49997af90.html> [consultado el 24 de julio de 2023]

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional: resolución / adoptada por la Asamblea General, 8 de enero de 2001, A/RES/55/25 disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3b00f55b0.html> [consultado el 24 de julio de 2023]

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003, A/58/422 disponible en: <https://www.refworld.org/docid/4374b9524.html> [consultado el 24 de julio de 2023]

financiamiento del terrorismo (ALA/CFT), para numerosos países su aplicación sigue constituyendo un reto.⁹

En la práctica, un obstáculo importante es la dificultad para que la fiscalía pruebe los delitos de lavado de activos. Por lo general, para obtener una condena por lavado de activos, la fiscalía debe probar que los bienes proceden de un delito y que el acusado conocía ese origen ilícito. En algunas jurisdicciones, la carga de la acusación es mayor y se exige la prueba del delito determinante. Dado que el propio objetivo del proceso de lavado de activos es ocultar el vínculo entre el delito determinante y su producto, y dada la complejidad de los casos modernos, probar el origen ilícito de los bienes y la *mens rea* exigida puede convertirse en una *probatio diabolica*.

La forma "tradicional" de decomiso presenta un problema similar en cuanto al origen ilícito de los bienes afectados. Normalmente, esta forma de decomiso interviene después de una condena y sentencia y tiene por objeto retirar de las manos del delincuente los instrumentos utilizados para facilitar la comisión de ese delito y las ganancias generadas por el mismo. Sin embargo, el objetivo del lavado de activos es justamente ocultar el vínculo entre el producto y el delito que lo generó, y estos bienes se mezclan a menudo con otros de origen perfectamente lícito. Además, debido al estricto requisito de que exista un vínculo entre los bienes y el delito específico por el que se condenó al delincuente, esta forma de decomiso puede ser incapaz de cumplir su propósito cuando se trata de organizaciones delictivas en las que intervienen múltiples sujetos y delitos.

"El lavado de activos, por su propia naturaleza, es muy difícil de probar; porque si los lavadores de activos han hecho su trabajo, el dinero parece estar limpio".¹⁰

En el famoso caso del empresario del Cártel de Cali, Franklin Jurado, los tribunales luxemburgueses tuvieron que devolver unos 100 millones de dólares embargados a pesar de una condena por lavado de activos, porque la legislación de la época sólo permitía decomisar el producto del delito por el que se estaba procesando a la persona. En este caso, el dinero era producto del tráfico de drogas, no del delito de lavado de activos por el que estaba procesado.¹¹

Puede encontrarse un testimonio esclarecedor de estas dificultades en una circular de 1999 del Ministerio de Justicia francés sobre la lucha contra el tráfico de drogas, en la que se señalaba que "a falta de identificación de los bienes de los traficantes y en ausencia de medidas cautelares previas adoptadas durante la investigación, las sentencias de decomiso dictadas por los tribunales se limitan la mayoría de las veces al decomiso de los bienes embargados en el momento de la detención o en un futuro muy próximo".¹²

⁹ Véanse las principales conclusiones del GAFI, *Report on the State of Effectiveness and Compliance with the FATF Standards* (Informe sobre el estado de cumplimiento y efectividad de los estándares del GAFI), 2022, 5.

¹⁰ Jueces Kennedy, O'Connor y Scalia, opinión disidente en el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el 9º Circuito, 22 de junio de 1998, Estados Unidos, Demandante contra Hosesep Krikor Bajakajian.

¹¹ Tribunal de Apelación del Gran Ducado de Luxemburgo, 22 de enero de 1993, Ministerio Fiscal contra Jurado Rodríguez José Francklin y otros.

¹² Circular CRIM. 99- 07 G1/17-06-99.

3. Aparición de "innovaciones jurídicas"

3.1. El movimiento internacional para resolver los retos probatorios en torno al origen ilícito de los bienes

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas fue la primera convención mundial que abordó la dificultad de probar el origen ilícito de los bienes sospechosos de ser producto del delito. Ya entonces reconocía las enormes dificultades a las que se enfrentan las autoridades para identificar, decomisar y recuperar el producto del delito y animaba a los países a introducir mecanismos que aliviaran la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes. Lo hace utilizando una formulación muy contundente ("invertir la carga de la prueba") y su artículo 5 sobre decomiso reza así:

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

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

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

Asimismo, el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, relativo al decomiso, establece que:

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

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

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

Las Recomendaciones del GAFI utilizan una formulación similar y, aunque no son vinculantes, constituyen las normas internacionales más importantes en materia de lucha contra el lavado de activos y son uno de los principales motores de las reformas en todo el mundo.¹³

También han surgido nuevos delitos para captar fenómenos delictivos escurridizos y peligrosos como el lavado de activos y la corrupción. El artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción insta a los Estados Parte a introducir en sus ordenamientos jurídicos el delito de "enriquecimiento ilícito",¹⁴ en virtud del cual se exige al acusado que demuestre el origen lícito de un aumento significativo de sus bienes o de lo contrario se le condena. Este artículo indica que:

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".

Los autores de los instrumentos mencionados mencionaron sistemáticamente que estas innovaciones sólo deberían introducirse en los ordenamientos jurídicos nacionales "en la medida en que sean compatibles" con sus principios fundamentales y constitucionales. La introducción de esta condición parece reconocer la percepción de algunos países de que estos mecanismos podrían desviarse tanto de las normas generales de la prueba en los procesos penales que podrían vulnerar dichos principios.

Este movimiento internacional aún hoy continúa con la constante promoción de estos mecanismos a nivel internacional y su progresiva introducción en las legislaciones nacionales. Más recientemente, con la Resolución 1/2018 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que formuló recomendaciones relativas a la lucha contra la corrupción en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, se ha reconocido la importancia de adoptar medidas eficaces contra el lavado de activos y los flujos financieros ilícitos, abordando el fenómeno desde un enfoque basado en los derechos humanos.¹⁵

El mismo enfoque se ha adoptado en el Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción,¹⁶ según el cual los Estados se comprometieron a impulsar la adopción o fortalecimiento de medidas a través de las instituciones competentes, para permitir el congelamiento, el embargo y el decomiso de activos producto de la corrupción, así como a profundizar la participación de los Estados en las redes e iniciativas multilaterales contra el lavado de activos, a través de la

¹³ La Recomendación 4 del GAFI establece que "los países deben considerar la adopción de medidas que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios fundamentales de su legislación interna".

¹⁴ Este delito llegó a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tras su introducción a nivel regional en la Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de Estados Americanos, 29 de marzo de 1996, artículo IX) y en la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Unión Africana, 11 de julio de 2003, artículo 1).

¹⁵ Véase Organización de Estados Americanos, Resolución 1/2018. Corrupción y derechos humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>

¹⁶ Organización de Estados Americanos, Compromiso de Lima sobre Gobernabilidad Democrática Frente a la Corrupción, VIII Cumbre de las Américas, 1314 de abril de 2018

prestación de la más amplia y pronta asistencia en la identificación, rastreo, congelamiento, decomiso, embargo y recuperación de activos. (Párrafo 41, 42).

3.2. Ejemplos de innovaciones en el derecho nacional

3.2.1. Presunciones

El desplazamiento de la carga de la prueba es el mecanismo jurídico más directo para reducir los obstáculos legales antes mencionados a la persecución del lavado de activos o al decomiso de bienes delictivos. Aunque a veces se denomina "inversión" de la carga de la prueba,¹⁷ esta descripción puede ser inexacta. En efecto, en lugar de exigir incondicionalmente al acusado o imputado que demuestre su inocencia o el origen lícito de sus bienes, estos mecanismos suelen exigir a las autoridades (por ejemplo, al fiscal) que demuestren hasta cierto punto que los bienes son de origen ilícito, tras lo cual se puede exigir al acusado que demuestre el origen lícito de sus bienes. Por consiguiente, la carga de la prueba no se invierte, sino que se desplaza de las autoridades al acusado una vez alcanzado cierto umbral probatorio.

Este desplazamiento se consigue mediante el uso de presunciones. El delito de lavado de activos del Código Penal francés contiene una presunción de este tipo cuando "se presume que los bienes o las ganancias son el producto directo o indirecto de un crimen o de un delito cuando las condiciones materiales, jurídicas o financieras de la operación de inversión, ocultamiento o conversión no pueden tener otra justificación que ocultar el origen o el beneficiario final de los bienes o las ganancias" (véase el apartado 6.2).¹⁸

En algunos países, como los Países Bajos y Bélgica, el desplazamiento de la carga de la prueba en los procesos por LA (al igual que en cualquier otro delito) se deriva de la interpretación de las pruebas indirectas o circunstanciales (véase el apartado 6.1). Si la fiscalía presenta pruebas suficientes y el acusado no puede refutarlas de forma verificable, se presume que los bienes proceden de un delito. La presunción debe establecerse sobre la base de hechos y circunstancias que incluyan, por ejemplo, un incremento injustificado del patrimonio. Esta presunción puede dar lugar a una condena por lavado de activos.

En otros países, este mecanismo de desplazamiento de la carga de la prueba ha adoptado la forma de un delito independiente, que puede ser utilizado por la fiscalía en los casos en que no sea posible demostrar el lavado de activos de forma autónoma. El delito de "enriquecimiento ilícito" se dirige generalmente a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones oficiales, han experimentado un aumento injustificado de su patrimonio. Como ya se ha mencionado, se trata de un enfoque fomentado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.¹⁹ Varios países, como Francia o los Emiratos Árabes Unidos, han introducido delitos similares al enriquecimiento ilícito que no se limitan a los funcionarios públicos (véase el apartado 6.3).

¹⁷ Por ejemplo, en el artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, véase más arriba.

¹⁸ Artículo 324-1-1 del Código Penal, modificado por la Ley n.º 2013-1117 del 6 de diciembre de 2013.

¹⁹ Artículo 20 de la Convención.

Estas presunciones también pueden utilizarse en materia de decomiso. En tales procedimientos, puede presumirse que los bienes de una persona condenada por un delito proceden de dicho delito (o incluso de otros delitos, en caso de decomiso ampliado, véase el apartado 6.6.2). Por ejemplo, en muchos países, la ley prevé que, en caso de condena por delitos graves como narcotráfico, lavado de activos o participación en una asociación ilícita, los bienes en posesión de la persona condenada deben ser decomisados si no se corresponden con sus ingresos declarados, a menos que el delincuente demuestre su origen lícito. A menudo, este tipo de presunción legal se incluye en la legislación nacional, en conjunción o no con alguno de los otros mecanismos descritos en este documento. De hecho, la prueba presuntiva no es en sí misma un mecanismo nuevo en los ordenamientos jurídicos.

3.2.2. Alternativas al decomiso penal para la recuperación de activos

El decomiso civil o el decomiso preventivo, entre otros, han instituido mecanismos más ágiles para responder en tiempo real a las amenazas de las mafias, o para separar la cuestión de la culpabilidad de la del origen ilícito de los bienes. Otro tipo de medida similar es el decomiso general. Aunque forma parte del marco general del proceso penal, elude tener que demostrar el origen ilícito de los bienes al permitir, en una serie de casos, el decomiso de los bienes, aunque sean de origen lícito, de una persona condenada. Estos mecanismos se analizarán en detalle en el apartado 6.7.

El **decomiso in rem** es una construcción jurídica presente sobre todo en los países de derecho anglosajón, que se centra en la naturaleza del bien más que en la cuestión de la culpabilidad, evitando así el estándar probatorio del derecho penal. Al tratarse de un procedimiento civil, el estándar probatorio es inferior al de los procedimientos penales. Además, no requiere ni un procesamiento ni una condena, y la inocencia del propietario o poseedor no se puede invocar como prueba de la inocencia del bien.

Por ejemplo, en Irlanda (véase el apartado 6.7.4), la Oficina de Activos Criminales, al presentar una solicitud ante el Tribunal Superior para que se dicte una orden de embargo preventivo, debe demostrar, con arreglo al estándar probatorio civil (es decir, según el equilibrio de probabilidades), que los bienes en control de una persona constituyen (directa o indirectamente) el producto de un delito. Si se demuestra de forma satisfactoria para el tribunal que los bienes en cuestión son producto del delito, puede dictar una orden provisional de congelamiento de los bienes durante 21 días. El demandado tiene entonces la oportunidad de aportar pruebas del origen legítimo de los bienes; de lo contrario, los bienes permanecen congelados hasta su eventual enajenación al Estado. La ley establece otras dos salvaguardias para proteger a las personas inocentes: en primer lugar, toda persona que afirme poseer parte de los bienes debe tener la oportunidad de presentar pruebas de que no deben ser decomisados; y, en segundo lugar, el tribunal tiene la facultad discrecional de no dictar una orden de enajenación si existe "riesgo de injusticia grave".

Otros países disponen de un sistema preventivo de decomiso de bienes. Por ejemplo, en Italia (véase el apartado 6.7.5), las autoridades pueden solicitar el embargo preventivo de los bienes de una persona que, basándose en elementos de hecho, participe habitualmente en la comisión de delitos, viva habitualmente del producto del delito o cometa delitos que pongan en peligro la integridad física o moral, la salud o la seguridad pública. El tribunal puede ordenar el embargo de los bienes que la persona controle, directa o indirectamente, cuando el valor de estos bienes sea desproporcionado en

relación con sus ingresos o su actividad económica, o si, sobre la base de pruebas suficientes, existen razones para creer que son el resultado de una actividad ilegal o de lavado de activos. El acusado tiene la posibilidad de demostrar el origen legítimo de esos bienes y, si no lo hace en el plazo de un año desde el embargo, el tribunal ordenará su decomiso. Este procedimiento tiene lugar al margen de cualquier proceso penal y se basa en el peligro que representa la persona o el bien en sí. En Italia, ha demostrado ser una de las medidas más eficaces contra las organizaciones mafiosas.

4. Retos que plantean los enfoques innovadores

Aunque algunos de estos mecanismos se utilizan desde hace tiempo en algunas jurisdicciones, es posible que no existan en todas partes. De ahí que los países en los que la fiscalía tiene dificultades para demostrar el lavado de activos o el origen ilícito de los bienes puedan beneficiarse de su introducción en sus propios procesos legales. De hecho, esos países corren el riesgo de verse desbordados por las actividades de la delincuencia organizada a causa del "arbitraje normativo" realizado por los GDO, que se dirigen a los Estados donde pueden encontrar impunidad.

Los países en los que no existen estos mecanismos se enfrentan a retos a la hora de introducirlos y de prestar asistencia a los países en los que se utilizan. De hecho, el *EU AML/CFT Global Facility* ha observado de primera mano que los países que potencialmente podrían beneficiarse de estos mecanismos pueden ser reacios a introducirlos en su legislación nacional. Esto se debe a su percepción de que algunos de estos mecanismos son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales o pueden no ser compatibles con su constitución u ordenamiento jurídico nacional. Por la misma razón, esos países tienen dificultades para prestar asistencia jurídica a las solicitudes de otros países basadas en mecanismos que no existen en su propia legislación.

4.1. Tensión con los derechos fundamentales

Aunque en general han sido bien acogidas por los profesionales de primera línea, estas innovaciones han suscitado cierta preocupación por su potencial para socavar los derechos constitucionales y humanos y obstaculizar los derechos de la defensa, en particular en un proceso judicial. Algunas disposiciones legales han sido impugnadas ante los tribunales regionales y nacionales. Las principales cuestiones constitucionales relativas al desplazamiento de la carga de la prueba y otros mecanismos de este tipo se refieren a su compatibilidad con la presunción de inocencia (incluido el derecho a la protección contra la autoinculpación) y el derecho al disfrute pacífico de las posesiones.

Ante todo, la **presunción de inocencia** es un principio fundamental que constituye la base de los sistemas de justicia penal de todo el mundo. Está consagrado en numerosos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos,²⁰ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹ y tratados regionales de derechos humanos como la Carta Africana de

²⁰ Artículo 11.1 de la Asamblea General de la ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III), disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/resolution/unga/1948/es/11563> [consultado el 28 de julio de 2023].

²¹ Artículo 14.2 de la Asamblea General de la ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 999, p. 171, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> [consultado el 28 de julio de 2023].

Derechos Humanos y de los Pueblos,²² la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁴ Además, está incluida en las constituciones nacionales de muchos países.²⁵

Este principio garantiza que las personas acusadas de un delito penal sean consideradas inocentes hasta que se demuestre su culpabilidad. La carga de la prueba recae en el fiscal, que debe demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, mientras que el acusado tiene derecho al silencio. La presunción de inocencia también garantiza que se conceda al acusado el beneficio de la duda y que se le trate de acuerdo con este principio durante todo el proceso penal.

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estos mecanismos **no son, per se, incompatibles con los derechos mencionados**. En el caso *Salabiaku*, el Tribunal reconoció que *"todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de Derecho"*, pero que los Estados deben mantenerlas *"dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa"*.²⁶ Este razonamiento no es exclusivo de Europa; el Tribunal de Apelación de la RAE de Hong Kong llegó a una conclusión similar en el asunto Procurador General contra Hui Kin Hong, en el que el Tribunal concluyó que *"hay situaciones excepcionales en las que justificar cierto grado de desviación del principio normal de que la fiscalía debe probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable puede seguir siendo compatible con los derechos humanos"*.²⁷

Además, el TEDH utiliza una serie de "pruebas" para determinar si las medidas restrictivas adoptadas por el Estado tienen o no carácter penal y ha concluido que el decomiso civil o sin condena de bienes de origen delictivo no tiene tal carácter. En consecuencia, no tienen que estar sujetas a las estrictas normas probatorias del Derecho penal (véase el apartado 6.7.1).

En cuanto al **derecho al goce pacífico de los bienes**, la jurisprudencia del TEDH deja un amplio margen de apreciación a los Estados a la hora de evaluar la proporcionalidad de la restricción a este derecho y el interés general perseguido. En el caso *Arcuri contra Italia*,²⁸ por ejemplo, el Tribunal consideró que las medidas de decomiso impugnadas eran proporcionadas teniendo en cuenta la gravedad del problema de la delincuencia organizada en Italia y el hecho de que los enormes beneficios

²² Artículo 7.1.b. de la Organización de la Unidad Africana (OUA), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ("Carta de Banjul"), 27 de junio de 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html> [consultado el 28 de julio de 2023].

²³ Artículo 8.2. de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, disponible en: <https://www.refworld.org/legal/agreements/oas/1969/en/20081> [consultado el 28 de julio de 2023].

²⁴ Artículo 6.2. del Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado por los Protocolos nos. 11 y 14, 4 de noviembre de 1950, ETS 5, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html> [consultado el 28 de julio de 2023].

²⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 14.2 de la Constitución de Filipinas, aprobada el 12 de octubre de 1986; el artículo 28 de la Constitución de los Emiratos Árabes Unidos, aprobada definitivamente en julio de 1996; el artículo 20.B.I. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ratificada el 5 de febrero de 1917; el artículo 35.1 de la Constitución Provisional de la República Federal de Somalia, aprobada el 1 de agosto de 2012; el artículo 5.LVII de la Constitución de la República Federativa de Brasil, ratificada el 5 de octubre de 1988; el artículo 27 de la Constitución de la República Italiana.

²⁶ TEDH, *Salabiaku contra Francia*, sentencia 10519/83, 7 de octubre de 1988

²⁷ Procurador general contra Hui Kin-hong [1995] HKCA 351

²⁸ TEDH, *Arcuri y otros contra Italia*, sentencia 52024/99, 5 de julio de 2001.

ilícitos obtenidos por estas organizaciones les otorgaban poder suficiente para socavar el Estado de Derecho. Por ello, el régimen italiano de decomiso parecía esencial para luchar con éxito contra las organizaciones mafiosas. Por último, el carácter preventivo del decomiso justifica su aplicación inmediata a pesar de cualquier recurso. Así pues, de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que, siempre que existan las garantías adecuadas y las medidas sean proporcionales al interés general perseguido, el decomiso civil o sin condena de bienes de origen delictivo no vulnera la presunción de inocencia ni la protección del derecho de propiedad.

Otra cuestión clave es si estos mecanismos son compatibles con el **derecho a la protección contra la autoincriminación** en el marco de un proceso penal. Este derecho establece que un sospechoso no debe ser obligado, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, a autoincriminarse o a admitir su culpabilidad. Según los detractores del decomiso sin condena, exigir al acusado que aporte pruebas del origen de su patrimonio en un caso de enriquecimiento ilícito, por ejemplo, puede exponerle al riesgo de autoincriminarse. Las pruebas de ingresos procedentes de bienes inmuebles o negocios, por ejemplo, podrían demostrar el origen lícito de los ingresos del acusado, pero también podrían dar lugar a cargos penales, cuando, por ejemplo, no declaró estas fuentes de ingresos a las autoridades fiscales. Aunque el derecho a no autoincriminarse es un derecho fundamental, no es absoluto. En Argentina, en el caso *Alsogaray*,²⁹ el tribunal consideró que la justificación mencionada en la disposición sobre enriquecimiento ilícito no viola el derecho a no autoincriminarse, ya que sólo puede entenderse como una notificación al acusado de la necesidad de demostrar la licitud de su enriquecimiento. Además, algunas jurisdicciones, como Irlanda, tienen restricciones legales a la admisión de información o pruebas reveladas durante un procedimiento de decomiso civil en un proceso penal posterior.

Otro caso importante desde esta perspectiva es el de *Zschüschen contra Bélgica*³⁰ ante el TEDH, un caso de lavado de activos sin delito determinante conocido. El acusado había dado una explicación vaga y poco convincente sobre el origen del dinero, y no quiso responder a más preguntas al respecto. El juez belga le echó en cara esta negativa a declarar sobre el origen del dinero. Según el TEDH, esto no entra en conflicto con el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoincriminarse, ya que en este caso también había otras pruebas. El tribunal tuvo en cuenta que "no debería ser complicado para Zschüschen justificar su declaración sobre el origen del dinero. Las conclusiones extraídas de su negativa a declarar no son injustas o irrazonables, sino motivadas por el sentido común".

En la misma línea, en *Murray contra Reino Unido*,³¹ el TEDH razonó que el derecho a guardar silencio no es absoluto: "por un lado, es evidente por sí mismo que es incompatible con las inmunidades consideradas (el derecho a guardar silencio en un interrogatorio policial y el privilegio contra la autoincriminación- GCH) basar una condena exclusiva o principalmente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar él mismo. Por otra parte, el Tribunal considera igualmente evidente que **estas inmunidades no pueden ni deben impedir que el silencio del acusado, en situaciones que exigen claramente una explicación por su parte, sea tenido en cuenta para apreciar el carácter persuasivo de las pruebas aportadas por la acusación**".

²⁹ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa n.º 4787 (2005), 9 de junio de 2005.

³⁰ TEDH, *Zschüschen contra Bélgica*, sentencia 23572/07, 2 de mayo de 2017.

³¹ TEDH, *Murray contra el Reino Unido*, sentencia 14310/88, 28 de octubre de 1994.

Por último, como demuestra la jurisprudencia citada en esta publicación, es importante señalar también que, si bien **estos mecanismos no afectan necesariamente al principio de presunción de inocencia**, la autoridad competente sigue teniendo que demostrar razonablemente que los bienes en cuestión son producto o instrumento de un delito y la persona procesada sigue teniendo la oportunidad, en un procedimiento justo ante un tribunal independiente e imparcial, de refutar la presunción. Esto puede ilustrarse con el caso Alsogaray antes mencionado. El delito de enriquecimiento ilícito fue recurrido alegando que violaría la presunción de inocencia. En ese caso, el tribunal sostuvo que el delito de enriquecimiento ilícito no exige que el funcionario público acusado demuestre su inocencia. Por el contrario, corresponde al fiscal probar el incremento patrimonial injustificado de la forma más concreta y precisa posible.

4.2. Desafíos respecto de la cooperación internacional

Aunque los delitos penales y los mecanismos de recuperación de activos descritos en esta publicación permiten a las autoridades llevar ante la justicia más fácilmente a quienes se benefician de la delincuencia y recuperar los productos del delito, la falta de armonización entre las legislaciones nacionales da lugar a retos en la cooperación transfronteriza. Estos retos se refieren a la investigación y persecución de delitos, así como al reconocimiento y ejecución de órdenes de decomiso y embargo.

4.2.1. Investigación y procesamiento de delitos

El artículo 43.2 de la CNUCC dispone que:

"En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente."

Esta norma se ha reproducido en el ámbito de la lucha contra el lavado de activos con la Recomendación 37 del GAFI. La última parte del artículo 43.2 de la CNUCC, que exige que ambos países penalicen la conducta constitutiva del delito (independientemente de cuestiones de clasificación interna o terminología) es una expresión del **principio de doble incriminación**. Este principio es fundamental en la asistencia legal mutua en materia penal y su ausencia puede representar un obstáculo para la investigación y el procesamiento de delitos "innovadores".

La aplicación de este principio hace que los Estados sólo presten asistencia legal mutua en materia penal si el delito que se investiga en el Estado requirente es también delito en el Estado al que se solicita asistencia, lo que puede representar un obstáculo importante en las investigaciones internacionales de algunos delitos presentes en este trabajo, como el enriquecimiento ilícito, cuando implican a Estados en los que tales delitos no existen. La **legislación sobre enriquecimiento ilícito no está armonizada entre los países** y, aunque la CNUCC y otros tratados regionales promueven la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito, no es obligatoria en virtud de estas convenciones.

Aunque su ámbito de aplicación es más reducido que el de la CNUDOT, varias disposiciones de la CNUCC son relevantes para este debate, en particular en lo que respecta a **la obligación de los Estados requeridos de prestar asistencia legal** a las solicitudes basadas en delitos contemplados en la Convención, incluido el enriquecimiento ilícito, **incluso en ausencia de doble incriminación**.

Artículo 43. Cooperación Internacional

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Si bien el artículo 43 (2) elimina algunos obstáculos formales a la cooperación (al impedir que los Estados que reciben solicitudes se nieguen a prestar asistencia basándose en diferencias en la denominación o clasificación del delito), la conducta constitutiva del delito en cuestión debe estar tipificada como delito tanto en el Estado requirente como en el Estado cuya asistencia se solicita.

En cualquier caso, según el apartado 1 del artículo 46 de la Convención,

Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.

En el mismo sentido, el apartado 9 del artículo 46 de la Convención establece lo siguiente:

a) Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;

b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos de minimis o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;

c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.

Estas disposiciones dejan claro que, en ausencia de doble incriminación, el Estado requerido debe ofrecer la más amplia asistencia legal mutua al Estado requirente de acuerdo con el propósito de la Convención, a menos que se trate de situaciones en las que:

- A) la asistencia solicitada es incompatible con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico; o
- B) la asistencia implica medidas coercitivas; o
- C) la asistencia se refiere a asuntos de naturaleza de minimis; o
- D) la asistencia solicitada está disponible en virtud de otras disposiciones de la Convención.

En la práctica, **en ausencia de doble incriminación, el Estado requerido prestará asistencia no coercitiva**, que incluirá, entre otras cosas: la recepción de testimonios o la toma de declaraciones a personas; la presentación de documentos judiciales; el suministro de información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos; la entrega de originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluidos registros gubernamentales, bancarios, financieros, corporativos o comerciales; la identificación o localización del producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; y la facilitación de la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente.³² Sin embargo, esto excluye algunas formas de asistencia coercitiva que son de una importancia crucial en el procesamiento de tales delitos, como las inspecciones, la incautación y el congelamiento del producto del delito; y el congelamiento y la recuperación del producto del delito.³³

En consecuencia, la falta de una adopción más generalizada del enriquecimiento ilícito y de delitos que tipifiquen conductas similares sigue representando un obstáculo para las investigaciones internacionales de estos delitos en ausencia de doble incriminación.

4.2.2. Reconocimiento y ejecución de órdenes de decomiso

Como se menciona en el apartado 3.2.2, algunos países han introducido **procedimientos alternativos** al decomiso penal para recuperar el producto de actividades delictivas, como el decomiso sin condena (DSC). Sin embargo, esto puede causar problemas en los casos en que esos países soliciten asistencia legal a países en los que estos procedimientos no existan. De hecho, es posible que el **Estado requerido** no reconozca ni ejecute las órdenes de decomiso dictadas con arreglo a dichos procedimientos. Esto causa importantes obstáculos a las jurisdicciones que pretenden que sus órdenes de DSC se ejecuten en el extranjero.³⁴

Por el contrario, a falta de procedimientos alternativos como el DSC en su propio ordenamiento jurídico, el Estado requirente **puede enfrentarse a obstáculos jurídicos en el Estado requerido** que estos procedimientos alternativos pretenden sortear. Por ejemplo, las autoridades extranjeras que pretendan obtener una sentencia de decomiso penal en los Estados Unidos pueden enfrentarse a un obstáculo insalvable, ya que el procesamiento y la condena *in absentia* del autor no son posibles en dicho país. En tal caso, la única vía posible para recuperar el producto del delito sería el DSC, que puede no existir en el ordenamiento jurídico del Estado requirente.³⁵

³² Estas medidas se mencionan explícitamente en el artículo 46 (3) (a), (b), (e), (f), (g), (h) de la CNUDOT.

³³ Mencionadas en el artículo 46 (c), (j), (k) de la CNUDOT.

³⁴ Véase, por ejemplo, S. Betti, V. Kozin y J.-P. Brun, *Orders without borders - direct enforcement of foreign restraint and confiscation decisions*, 2022 (Órdenes sin fronteras: ejecución directa de decisiones extranjeras de embargo y decomiso), Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, 59.

³⁵ Ídem.

Incluso dentro de un bloque de países con una fuerte integración legislativa y herramientas de cooperación como la Unión Europea, el no reconocimiento/no ejecución de órdenes de decomiso dictadas en virtud de regímenes de decomiso que no están armonizados por la legislación de la UE (como el decomiso sin condena; o el decomiso de patrimonio no justificado) sigue representando, del mismo modo, un reto importante en la cooperación internacional.³⁶

Sin embargo, la ausencia de procedimientos análogos en los Estados requirente y requerido puede no constituir necesariamente un obstáculo para el reconocimiento y la ejecución de órdenes de decomiso transfronterizas. En Francia, el Tribunal de Casación, en su sentencia Crisafulli,³⁷ abrió la puerta al reconocimiento de las medidas de decomiso sin condena a pesar de la inexistencia de tales procedimientos en el sistema francés. En ese caso, el Tribunal confirmó la ejecución de una medida italiana de decomiso preventivo (este mecanismo se explica con más detalle en el apartado 6.7.5).

La solicitud italiana de asistencia legal mutua se basaba en el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.³⁸ Ratificado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, además de Australia. El artículo 23 del Convenio establece que:

1. Una Parte que haya recibido una solicitud de decomiso presentada por otra Parte en relación con instrumentos o productos situados en su territorio deberá:

a) ejecutar una orden de decomiso dictada por un tribunal de una Parte requirente en relación con dichos instrumentos o productos; o

b) presentar la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener una orden de decomiso y, si dicha orden se concede, ejecutarla.

[...]

5. Las Partes cooperarán en la mayor medida posible con arreglo a su derecho interno con las Partes que soliciten la ejecución de medidas equivalentes al decomiso conducentes a la privación de bienes, que no sean sanciones penales, en la medida en que dichas medidas sean ordenadas por una autoridad judicial de la Parte requirente en relación con un delito, siempre que se haya establecido que los bienes constituyen productos u otros bienes en el sentido del artículo 5 del presente Convenio.

En la sentencia Crisafulli, y basándose en el derecho interno que aplicaba el Convenio de Estrasburgo,³⁹ el Tribunal examinó tres cuestiones clave para determinar si las jurisdicciones francesas podían ejecutar el decomiso:

³⁶ Milieu Consulting, “Study on freezing, confiscation and asset recovery – what works, what does not work”, 2021 (Estudio sobre embargo preventivo, decomiso y recuperación de activos: qué funciona y qué no funciona), Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 111.

³⁷ Crim. 13 de noviembre de 1982, Bull. crim., N.º 213

³⁸ Consejo de Europa, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, Varsovia, 16 de mayo de 2005.

³⁹ L. N.º 96- 392, JO 14 de mayo de 1996

1. Si el procedimiento italiano garantizaba los derechos de la defensa;
2. Si la naturaleza no penal del procedimiento italiano era un obstáculo para su aplicación en el ordenamiento jurídico francés, donde no existían tales procedimientos;
3. Si el decomiso podría haberse ordenado en Francia en circunstancias similares.

Sobre la primera cuestión, el Tribunal consideró que el procedimiento italiano ofrecía las garantías necesarias, inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (para un análisis más detallado sobre este punto, véase el apartado 6.7.5 infra).

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal declaró que, aunque tal procedimiento no existía en el sistema francés, ni el Convenio ni la ley francesa que lo aplica exigían que la solicitud de las autoridades extranjeras se basara en una condena penal.

El informe explicativo del Convenio señala las "diferencias considerables" en los tipos de procedimientos que dan lugar a órdenes de decomiso en los distintos Estados parte: pueden ser adoptados por tribunales penales, tribunales administrativos, autoridades judiciales distintas o en procedimientos civiles o penales totalmente separados de aquellos en los que se determina la culpabilidad del delincuente (el Convenio se refiere a esos procedimientos como "procedimientos con fines de decomiso").⁴⁰

El informe explicativo afirma, en su § 43, que:

[...] la solicitud debe referirse a instrumentos o productos de delitos [...].

También se desprende del artículo que la solicitud se refiere a un decomiso que, por su propia naturaleza, es penal y, por lo tanto, excluye una solicitud que no esté relacionada con un delito, por ejemplo, un decomiso administrativo. No obstante, no es necesario que la decisión de decomiso sea adoptada por un órgano jurisdiccional penal a raíz de un procedimiento penal.

Cualquier tipo de procedimiento, independientemente de su relación con un procedimiento penal y de las normas procesales aplicables, puede dar lugar a una orden de decomiso, siempre que sea llevado a cabo por las autoridades judiciales y que tenga carácter penal, es decir, que se refiera a instrumentos o productos. Estos tipos de procedimientos (entre los que se incluyen, por ejemplo, los denominados "procedimientos in rem") se denominan en el texto del Convenio "procedimientos con fines de decomiso", tal como se indica en el apartado "Consideraciones generales".

Del texto del artículo 23 del Convenio (cf. supra) y del informe explicativo se deduce que los países tienen la obligación de prestar la asistencia más amplia posible con arreglo a su Derecho interno a las solicitudes de decomiso, incluso sobre la base de mecanismos alternativos como el DSC, siempre que el decomiso haya sido ordenado por un juez y que dicho decomiso se refiera al producto del delito (lo que excluye el decomiso puramente administrativo). El procedimiento italiano cumplía ambas condiciones.

Por último, sobre la tercera cuestión, el Tribunal señaló en primer lugar que exigir una identidad de procedimientos entre el Estado requirente y el requerido paralizaría la aplicación del Convenio. Por

⁴⁰ C.f. por ejemplo el artículo 21,1.

ello, se preguntó si el decomiso podría haberse ordenado en Francia en circunstancias similares, aunque mediante un procedimiento diferente.

La decisión italiana había establecido un vínculo entre los bienes objeto de la orden de decomiso y el delito de lavado de activos. Estos hechos habrían permitido abrir una investigación, durante la cual los bienes habrían podido ser embargados o sometidos a fianzas y medidas cautelares. Posteriormente, en el marco de un proceso penal por lavado de activos, se podría haber impuesto la pena de decomiso.

En consecuencia, el **Tribunal confirmó la posibilidad de que los jueces franceses ejecutaran la orden de decomiso italiana.**

5. Metodología

Como ya se ha mencionado, el presente documento contiene una descripción general de los mecanismos jurídicos que se identificaron como posibles soluciones a los retos probatorios antes mencionados. También presenta un debate sobre la compatibilidad de cada mecanismo con los derechos fundamentales, a partir de la jurisprudencia regional y nacional existente. El anexo de esta publicación contiene un catálogo de los mecanismos identificados para referencia del lector, clasificados por país y tipología.

Esta investigación fue realizada por el equipo de investigación del proyecto entre septiembre de 2021 y agosto de 2023 con el apoyo del grupo de trabajo de expertos del proyecto. El grupo estaba compuesto por expertos internacionales con amplios conocimientos en la materia y experiencia profesional en los ámbitos del derecho penal, la lucha contra el lavado de activos, el decomiso, la cooperación internacional en materia penal y el derecho constitucional. Los miembros del grupo procedían de diversas tradiciones jurídicas y de ámbitos profesionales que incluían fiscalía; formulación de políticas; poder judicial; abogados defensores; unidades de inteligencia financiera; mundo académico; organismos nacionales de lucha contra el lavado de activos y la corrupción; y sociedad civil.

El equipo de investigación llevó a cabo una encuesta mundial a través de diversas redes y asociaciones profesionales del derecho y expertos en la materia con el fin de recopilar datos sobre el mayor número posible de sistemas y mecanismos jurídicos. Paralelamente, el equipo de investigación también llevó a cabo una amplia investigación documental basada principalmente en información de fuentes abiertas, así como consultas con expertos externos. Los resultados de la investigación fueron revisados periódicamente por el grupo de trabajo de expertos.

La investigación se centró en los mecanismos que pueden utilizarse como alternativas a la persecución del lavado de activos y al decomiso penal basado en activos cuando estos procesos encuentran dificultades probatorias, con especial énfasis en las dificultades relacionadas con la prueba del origen ilícito de los bienes. Aunque las estrategias de procesamiento eficaces pueden implicar el procesamiento de delitos alternativos, como delitos fiscales o aduaneros, dichos procesos se excluyeron del ámbito de la investigación, ya que requieren la prueba de elementos adicionales en comparación con los delitos de lavado de activos o enriquecimiento ilícito. Cabe destacar que la presente publicación se centra en los procesos judiciales cuyo objetivo es llevar ante la justicia a los autores de delitos de lavado de activos y sus delitos determinantes, así como privarles del producto de una conducta delictiva.

Aunque el índice de respuesta a la encuesta de los países europeos fue extraordinariamente alto en comparación con otras regiones, en el proceso de investigación se prestó especial atención al equilibrio en la representación geográfica de los sistemas nacionales y se recopilaron datos sustanciales de regiones no europeas, lo que se refleja en esta publicación. En cualquier caso, el *Siracusa International Institute*, el *EU AML/CFT Global Facility* y el grupo de trabajo de expertos del proyecto animan encarecidamente a seguir desarrollando y compartiendo los mecanismos jurídicos y las mejores prácticas.

II. Delitos penales

6. Delitos de lavado de activos

La base jurídica más sencilla y universalmente aceptada tanto para castigar a los autores del lavado de activos como para recuperar los productos del delito es el **delito específico**, que está presente en prácticamente todas las jurisdicciones del mundo, gracias a la ratificación de instrumentos internacionales como las Convenciones de Viena y Palermo y al fuerte movimiento liderado por organizaciones internacionales como el GAFI.

El artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1988 define el lavado de activos de la siguiente manera:

"La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos".

En el mismo sentido, el artículo 6 de la Convención de Palermo dispone:

"1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al secretario general de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas".

De manera similar, la Recomendación 3 del GAFI establece que:

"El lavado de activos debe tipificarse como delito de acuerdo con la Convención de Viena y la Convención de Palermo (véase el Artículo 3(1) (b) y (c) de la Convención de Viena y el Artículo 6(1) de la Convención de Palermo)

3.2 Los delitos determinantes de lavado de activos deben incluir todos los delitos graves a fin de abarcar la gama más amplia de delitos determinantes. Como mínimo, los delitos determinantes deberán comprender una gama de delitos en cada una de las categorías de delitos designados. [...]"

Según el informe del GAFI sobre el estado de efectividad y cumplimiento de los estándares del GAFI, publicado en abril de 2022, el 93% de las jurisdicciones cumplen técnicamente con la Recomendación 3.⁴¹ Del mismo modo, casi el 85% de todas las jurisdicciones del GAFI y de los organismos regionales al estilo GAFI han implementado los requisitos técnicos de todas las recomendaciones sobre Inteligencia financiera, investigaciones de lavado de activos, procesamientos y decomisos.⁴² Sólo de estos datos se

⁴¹ GAFI, supra n. **Error! Bookmark not defined.**, Figura 6.2.

⁴² Ídem.

puede deducir que **el delito de lavado de activos, tal como se define en las normas internacionales antes mencionadas, es una herramienta universal contra las economías delictivas.**

Para obtener una condena por este delito, la fiscalía debe probar tres elementos:

- 1) el acusado ha cometido operaciones de ocultamiento, conversión o transferencia de los bienes;
- 2) los bienes son producto del delito;
- 3) el acusado lo hizo con intención y propósito y/o el conocimiento y que los bienes eran producto del delito o imprudencia en cuanto a si los bienes podían serlo (*mens rea*).

Como se explica en el apartado 10, la principal dificultad está relacionada con la doble **prueba del origen delictivo de los bienes y del conocimiento de este origen** por parte del acusado. Cuando el producto del delito se refiere a cosas directamente relacionadas con el delito perseguido (drogas, armas, bienes robados), esta prueba suele ser fácil de aportar. Cuando el producto del delito son fondos o valores en los que se han transformado estos bienes, la situación es muy diferente. Esta prueba puede convertirse rápidamente en una *probatio*, especialmente en las jurisdicciones en las que se exige a la fiscalía que pruebe no sólo que los bienes son de origen delictivo, sino también que proceden específicamente del delito perseguido, excluyendo todos los demás. El fiscal también debe probar que la persona procesada conocía el origen delictivo de los bienes que están en su posesión. La complejidad de los sistemas modernos de lavado de activos hace que esta prueba sea exponencialmente más difícil, ya que los fondos pasan de unas manos a otras para ocultar su origen ilícito.

En el proceso de prueba de que los bienes son producto del delito, cabe hacer una primera distinción entre las jurisdicciones en las que existe una **lista exhaustiva** de delitos determinantes al delito de lavado de activos; y las jurisdicciones que adoptan un "**enfoque de umbral**". Estas últimas consideran como delitos determinantes potenciales todos los delitos que conllevan una pena máxima superior a un determinado umbral. Algunas de las personas que respondieron a la encuesta argumentaron que la introducción de un "enfoque de umbral" para los delitos determinantes facilitaba los procesamientos por LA en comparación con la alternativa.

Aunque **muchas jurisdicciones no exigen que la fiscalía identifique específicamente el delito determinante** para que los procesos por LA den lugar a una condena, algunas, como Polonia o Chile, por ejemplo, sí lo hacen.

Según el Tribunal de Apelación de Varsovia, para que los bienes se consideren producto del delito a efectos del delito de lavado de activos, no basta con establecer que determinados bienes proceden de una actividad ilegal o de una fuente no declarada o "ilegal". A este respecto, tampoco basta con indicar que los bienes son producto del delito, de algún acto prohibido no especificado o de un determinado grupo de delitos (por ejemplo, delitos contra la propiedad o fraude fiscal) sin especificar el tipo concreto de delito de que se trata.⁴³

Esta interpretación se ve matizada por otra jurisprudencia, incluida una sentencia del Tribunal de Circuito de Varsovia que sostuvo que no se requiere una condena por el delito determinante, basta con probar su probabilidad, por ejemplo, en forma de actos procesales (decisión sobre la presentación de

⁴³ Sentencia de 20 de mayo de 2021 (II AKa 27/21)

cargos, acusación, sentencia por la que se suspende condicionalmente el proceso penal) o mediante la presentación de pruebas pertinentes ante el tribunal.⁴⁴

En cuanto al **elemento intencional**, algunas jurisdicciones (como Turquía y los Países Bajos) consideran que el *dolus eventualis* es suficiente para establecer el elemento intencional. Otras como Brasil, Canadá y Chipre aplican la teoría de la ceguera deliberada al elemento intencional del delito de lavado de activos. Aunque el examen de todos los complejos matices de estos conceptos va más allá del alcance de esta publicación, es importante señalar que dichos grados de prueba para el elemento intencional son inferiores al pleno conocimiento y/o la intención. De hecho, normalmente sólo requieren la prueba de la aceptación de un cierto grado de riesgo.

En la misma línea, en varias jurisdicciones, incluidos, entre otros, los EAU, Finlandia y los Países Bajos, existe un delito que podría denominarse "**lavado de activos por negligencia**", que se aplica a los adquirentes negligentes del producto del delito. Se trata de una variante que aparece cuando el sospechoso debería haber sospechado de forma razonable que los bienes procedían de un delito. Por ejemplo, el artículo 420 quater del Código Penal neerlandés dice lo siguiente:

Lavado de activos culposo o negligente

[...]

a) *Oculte o disimule la verdadera naturaleza, el origen, el lugar donde se encontró, la disposición o el traslado de un objeto, u oculta o disimula quién es la persona titular del objeto o quién lo tiene en su poder, cuando debería sospechar razonablemente que el objeto procede –directa o indirectamente– de un delito;*

b) *Adquiera, posea, transmita o venda un objeto, o haga uso de un objeto, cuando tenga sospechas fundadas de que el objeto tiene su origen –directa o indirectamente– en un delito.*

2) Los objetos incluyen todos los bienes y todos los derechos de propiedad".

6.1. El uso de pruebas circunstanciales

6.1.1. Consideraciones generales

Un mecanismo muy común para facilitar la prueba del delito de lavado de activos es el uso de **pruebas circunstanciales**. Entre las jurisdicciones que han respondido a la encuesta, ninguna ha declarado que este mecanismo no esté aceptado en su legislación nacional.

El uso de pruebas circunstanciales para deducir la ***mens rea*** se menciona expresamente en el artículo 6, 2, (f) de la Convención de Palermo:

"El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas".

Por ejemplo, en un caso de narcotráfico y lavado de activos en Chile,⁴⁵ el tribunal consideró que el elemento intencional del lavado de activos podía acreditarse por circunstancias tales como "*el inusual incremento patrimonial o el manejo de sumas de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de manifiesto operaciones extrañas a la práctica comercial ordinaria, la*

⁴⁴ Sentencia de 21 de mayo de 2018 (XVIII K 155/15)

⁴⁵ Causa n.º 248- 2018, Tribunal del Juicio Oral de Puente Alto

inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial, y la verificación de cualquier vinculación o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con ellas".⁴⁶

En la misma decisión, el tribunal declara lo siguiente:

"Estos jueces consideran que la única forma de probar el elemento intencional en este tipo de figura es mediante pruebas circunstanciales".

Sin embargo, el uso de pruebas circunstanciales no se limita a probar la *mens rea*. De hecho, las pruebas circunstanciales también pueden utilizarse del mismo modo para demostrar el **origen ilícito de los bienes** (y los hechos que llevan a esas dos conclusiones suelen ser los mismos). Entre los ejemplos que pueden derivarse de una investigación policial figuran las condiciones inusuales, complejas o poco transparentes de las operaciones, como las pruebas del uso de prestadores de servicios monetarios (MSB) no registrados; la entrega de bolsos, paquetes o maletas de dinero; la colocación de cantidades similares de dinero a través de múltiples bancos; las comunicaciones cifradas; el uso de criptomonedas y tokens; la agrupación de grandes cantidades de dinero por denominación en bandas elásticas; y las transferencias de dinero de maletero a maletero de vehículos, entre otros. La mayoría de estos indicadores son aplicables a escala internacional, y pueden desarrollarse indicadores adicionales adecuados al contexto nacional.⁴⁷

En los Países Bajos, la Corte Suprema determinó, en una de sus primeras sentencias tras la aplicación de la legislación nacional sobre lavado de activos,⁴⁸ que:

"para probar que el objeto 'procede de cualquier delito' no es necesario probar que el objeto en cuestión procede de un delito identificado con precisión. Esto significa también que no es necesario probar quién, cuándo y dónde se cometió realmente ese delito. [...] No es necesario que el objeto proceda en su totalidad de un delito: un objeto financiado en parte con dinero de origen delictivo y en parte con dinero legal también se considera procedente de un delito".

Los tribunales holandeses desarrollaron entonces un proceso sistemático para determinar el origen delictivo de los activos en investigaciones de lavado de activos autónomo; el llamado enfoque de los 6 pasos. La Corte Suprema dictaminó que:⁴⁹

"Para una condena por lavado de activos debe probarse que la cantidad de dinero imputada procede de cualquier delito (delito determinante). Para que el elemento 'procedente de cualquier delito' quede probado, no es necesario que sea posible deducir de las pruebas que la cantidad de dinero imputada procede de un delito especificado con precisión. Si, sobre la base de las pruebas disponibles, no puede establecerse un vínculo directo entre la cantidad de dinero o los bienes y un delito específico (paso 1),

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ En este sentido, las tipologías desarrolladas por el GAFI proporcionan una orientación valiosa, y algunas autoridades nacionales también publican su propia lista de indicadores, cf. el siguiente enlace al sitio web del AMLC holandés: <https://www.amlc.eu/wp-content/uploads/2020/05/witwasindicatoren-Engelse-versie.pdf>

⁴⁸ 28 de septiembre de 2004 (LJN N.º AP2124, HR 02679/03)

⁴⁹ <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481>

puede, no obstante, considerarse probado que la cantidad de dinero o los bienes proceden de cualquier delito, si, sobre la base de los hechos y circunstancias establecidos en la investigación/juicio penal, no puede haber otra explicación que la de que la cantidad de dinero o los bienes proceden de cualquier delito. Corresponde al Ministerio Fiscal aportar pruebas de ello (paso 2). La fiscalía debe presentar los hechos y circunstancias en los que se basa una sospecha profunda de lavado de activos, incluyendo, por ejemplo, un aumento injustificado de los activos, o cualquier otro indicador de lavado de activos (en los Países Bajos las tipologías de LA desarrolladas por la UIF son aceptadas por el tribunal y pueden utilizarse para fundamentar la sospecha). Si la fiscalía consigue justificar una sospecha sobre cuya base el tribunal no puede extraer otra conclusión que la de que el activo procede de un delito, cabe esperar que el acusado⁵⁰ dé una explicación sobre el origen del dinero o los bienes (paso 3) y se le exige que ofrezca 'una explicación concreta, verificable y de antemano no muy improbable' de que el objeto no procede de un delito (paso 4). Si no se produce una declaración del sospechoso, a pesar de todas las pruebas en su contra, el juez puede incluir esa circunstancia en sus consideraciones probatorias y, por lo general, dará lugar a una condena por lavado de activos.

Si el sospechoso presta la citada declaración verificable, corresponde al Ministerio Fiscal llevar a cabo una investigación más profunda (paso 5). A continuación, el juez evaluará si puede probarse el lavado de activos sobre la base de que (no puede ser otra cosa) el objeto procede de algún delito (paso 6).⁵¹

La declaración (o la falta de ella), así como su veracidad, se consideran entonces pruebas circunstanciales y pueden utilizarse como prueba. Se trata de una aplicación de la jurisprudencia *Murray* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵² Según el TEDH, aunque el silencio o la negativa a responder a una pregunta no pueden probar por sí mismos la culpabilidad, si las pruebas aportadas por la fiscalía exigen claramente una explicación, el juez puede tener en cuenta el silencio del acusado a la hora de evaluar el carácter persuasivo de dichas pruebas en cuanto a la culpabilidad del acusado.

En consonancia con las normas internacionales,⁵³ varias jurisdicciones aplican el principio de que el delito de lavado de activos puede probarse sin necesidad de probar un delito determinante concreto, siempre que se prueben los elementos del delito, demostrándose mediante pruebas circunstanciales que los bienes son producto del delito y que el acusado era consciente de ello.

En Irlanda, en el asunto "director del Ministerio Público contra Henry Alinta",⁵⁴ el Tribunal de Apelación interpretó la disposición legal sobre el lavado de activos en el sentido de que, si bien la carga de la prueba del delito sigue recayendo en el fiscal,

⁵⁰ Murray contra RU, TEDH 8 de febrero de 1996

⁵¹ <https://www.amlc.eu/step-by-step-plan-handout/>

⁵² TEDH, Murray contra el Reino Unido, sentencia 14310/88, 28 de octubre de 1994.

⁵³ Véase por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) 2004, artículo 23: *LA autónomo*.

Se entiende que los delitos de lavado de activos tipificados de conformidad con este artículo son delitos independientes y autónomos y que no es necesaria una condena previa por el delito determinante para establecer la naturaleza ilícita o el origen de los activos blanqueados.

Véase también el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y al financiamiento del terrorismo, Convenio de Varsovia 1652005: *Cada Parte se asegurará de que la condena previa o simultánea por el delito determinante no sea un requisito previo para la condena por lavado de activos.*

⁵⁴ Tribunal de Apelación de Irlanda, *DPP contra Alinta*, 10 de diciembre de 2019, [2019] IECA 368

"no es necesario que la fiscalía, para probar que el dinero es producto del delito, establezca que se cometió un delito en particular o una clase particular de delito que comprende una conducta delictiva en relación con el dinero o que una persona en particular cometió un delito que comprende una conducta delictiva en relación con el dinero".

Aunque la carga de la prueba sigue recayendo en el fiscal y no se traslada al acusado en ningún momento, esto no impide que un tribunal concluya, basándose en presunciones derivadas de las circunstancias del entorno, que los ingredientes del delito han sido probados de hecho más allá de toda duda razonable por la acusación. Por lo tanto, no hay **desplazamiento de la carga**, sino simplemente una confianza en las presunciones derivadas de las circunstancias circundantes sospechosas. En resumen, si bien puede suponer una carga probatoria para un acusado hacer frente a las 'presunciones' (que es un elemento estándar de los procedimientos penales, en los que el acusado puede presentar una defensa para evitar la condena), no existe una carga legal para el acusado de hacerlo.

6.1.2. Compatibilidad con los derechos fundamentales

El uso de pruebas circunstanciales en el procesamiento por el delito de lavado de activos ha sido cuestionado en varias jurisdicciones, que han considerado que no vulnera los derechos fundamentales del acusado. La sentencia 1933/2007 de la Corte Suprema de Chile insiste en la necesidad de que el procesamiento se base en pruebas circunstanciales, inferencias y presunciones de hecho:

"Estos juicios de inferencia, como actualmente se prefiere denominarlos, permiten al tribunal a quo, mediante una operación lógica deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en su principio permanece reservado en el individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. Sobre estas consideraciones es indudable que las pruebas indirectas, indicios o presunciones, revisten sin duda aptitud probatoria y su utilización en el proceso será siempre necesaria, debiendo tenerse particularmente en consideración que, como apunta un autor, "la intención criminal sólo puede ser puesta en evidencia de manera indirecta".

Es importante señalar que, aunque el uso de pruebas indirectas o circunstanciales puede facilitar la prueba de los delitos, la **carga de la prueba sigue recayendo en el fiscal**. De hecho, varias jurisdicciones han señalado que, aunque el silencio del acusado puede considerarse una prueba circunstancial, no puede dictarse una condena basándose únicamente en él.

Sin embargo, ninguna condena puede basarse únicamente en el ejercicio por parte del acusado de su derecho a guardar silencio o a no mencionar un asunto concreto. Sólo puede inferirse una conclusión cuando la fuerza de las pruebas en ese momento exija claramente una explicación y la única razón para no dar tal explicación sea que el acusado no tenía ninguna que dar.⁵⁵

En Mauricio, se sostuvo que:

⁵⁵ Véase por ejemplo en el RU: *Condrón y Condrón* 1997 1 Sentencia cr. R 185; *Condrón contra Reino Unido* 2001 EHRR 1; *Murray contra Reino Unido* 1996 22 EHRR 29.

Cuando las pruebas de la fiscalía establecen un caso prima facie sólido e inamovible y el acusado decide no jurar su declaración y exponerse al contrainterrogatorio, el Tribunal de Primera Instancia tiene todo el derecho a concluir que las pruebas de la Fiscalía no han sido refutadas. Por supuesto, es cierto que la carga de probar la culpabilidad de un acusado recae directamente sobre la fiscalía y que el acusado tiene derecho a guardar silencio. Su derecho a guardar silencio, sin embargo, se ejerce a su riesgo y ventura cuando, al final del caso de la acusación, se ha establecido claramente un caso prima facie, ya que la carga recae entonces sobre él para convencer al Tribunal de que no debe actuar sobre la base de las pruebas presentadas por la fiscalía.⁵⁶

La compatibilidad del uso de pruebas circunstanciales con los derechos fundamentales ha sido evaluada a fondo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el **caso Zschüschen**.⁵⁷ Se pidió al tribunal que revisara un mecanismo que encuentra su fuente en la consolidada jurisprudencia belga que interpreta el método indirecto de prueba, según el cual puede obtenerse una condena por lavado de activos incluso sin conocimiento del delito determinante preciso, siempre que el juez pueda, basándose en datos fácticos, excluir cualquier origen lícito para los bienes en cuestión.

Según la sentencia "Zschüschen", **la negativa del acusado a dar explicaciones sobre el origen de los bienes puede considerarse en su contra** y no entra en conflicto con la presunción de inocencia ni con el derecho a guardar silencio, dado que existían otras pruebas en el caso y el silencio no fue la única base de la condena (esto coincide con el razonamiento mencionado anteriormente en los casos del Reino Unido y Mauricio).

El Tribunal de Casación belga había considerado anteriormente que:

"no se requiere que se haya incoado un proceso penal por el delito determinante; no se requiere que el delito determinante esté expresamente especificado en el escrito de acusación; ni siquiera se requiere que el juez penal que deba pronunciarse sobre el delito de lavado conozca el delito determinante preciso, siempre que pueda, basándose en datos fácticos, excluir cualquier origen legal".⁵⁸

En los apartados siguientes de la sentencia "Zschüschen", el TEDH evaluó la compatibilidad del mecanismo con la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminarse. Tras recordar que la posibilidad de deducir conclusiones del silencio del acusado se derivaba de una interpretación de las normas probatorias del Derecho belga, el Tribunal consideró lo siguiente:

28. En cuanto al grado de coacción ejercido en el presente caso, el Tribunal observa que el demandante hizo declaraciones iniciales durante un interrogatorio (véase el apartado 3 supra), pero que no deseaba proporcionar más información sobre el origen del dinero en litigio y pudo guardar silencio al respecto. Su negativa a responder no constituía en sí misma una infracción penal [...].

29. Pasando a continuación al papel que desempeñaron las deducciones en el proceso penal y en la condena del demandante, el hecho de que la negativa del demandante a demostrar sus declaraciones vagas y poco convincentes sobre el origen del dinero en cuestión fuera utilizada, entre otras cosas, por

⁵⁶ *Andoo contra la Reina*, 1989 SCJ 257

⁵⁷ *Zschüschen contra Bélgica*, supra n. **Error! Bookmark not defined.**

⁵⁸ Casación 25 de septiembre de 2001, *J.T.*, 2002, 660.

los órganos jurisdiccionales de primera instancia para concluir que podía descartarse cualquier origen lícito del dinero no constituye, en sí misma, una vulneración del derecho del demandante a guardar silencio y a no contribuir a su propia incriminación. El Convenio no prohíbe que se tenga en cuenta el silencio de un acusado para declararle culpable, a menos que su condena se base exclusiva o principalmente en su silencio (véase John Murray, antes citada, § 47), lo que claramente no es el caso en el presente asunto. Los tribunales nacionales establecieron de forma convincente un conjunto de pruebas que corroboraban la culpabilidad del demandante, y su negativa a dar explicaciones sobre el origen del dinero, cuando la situación exigía una explicación por su parte, sólo sirvió para reforzar esas pruebas [...].

El Tribunal también señaló que, si la versión del acusado hubiera sido cierta, no le habría resultado difícil demostrar el origen lícito de los bienes en cuestión (§30) y que, **dado el peso de las pruebas en su contra, las conclusiones extraídas de su falta de justificación estaban "dictadas por el sentido común", y "[no podían] considerarse injustas o irrazonables"**.

A continuación, el Tribunal concluyó que este mecanismo no trasladaba la carga de la prueba al acusado de forma que violara la presunción de inocencia.

6.2. Presunción legal del origen ilícito para el lavado de activos

6.2.1. Consideraciones generales

Un mecanismo muy similar es la presunción legal presente en el Código Penal francés, que permite presumir el origen ilícito de los bienes en determinadas condiciones.

Artículo 324-1 del Código Penal, modificado por la Orden N.º 2000-916 de 19 de septiembre de 2000.

El lavado de activos es el acto de facilitar, por cualquier medio, la falsa justificación del origen de los bienes o ingresos del autor de un crimen o delito que le haya proporcionado un beneficio directo o indirecto.

También constituirá lavado de activos el hecho de ayudar a invertir, ocultar o convertir el producto directo o indirecto de un crimen o delito.

El lavado de activos se castiga con cinco años de prisión y 375.000 euros de multa.

Artículo 324-1-1 del Código Penal, modificado por la Ley n.º 2013-1117 del 6 de diciembre de 2013.

A efectos del artículo 324-1, se presumirá que los bienes o ingresos son el producto directo o indirecto de un delito o falta cuando las condiciones materiales, jurídicas o financieras de la operación de inversión, ocultamiento o conversión no puedan tener otra justificación que ocultar el origen o el beneficiario final de los bienes o ingresos.

El artículo 324-1-1 crea una **presunción de origen ilícito de los bienes, en condiciones específicas**. En la práctica, esto permite a la fiscalía, una vez demostradas las operaciones de conversión (elemento 2 de los tres elementos del delito de lavado de activos descritos anteriormente), no sólo deducir la *mens rea* (elemento 3), sino también presumir el origen ilícito de los bienes (elemento 1) basándose en elementos objetivos. Para refutar esta presunción, se espera que el acusado ofrezca una explicación plausible del origen legítimo de los bienes.

Para que se active esta presunción, es necesario que existan circunstancias de hecho o de derecho que sugieran que se ha ocultado el origen o el beneficiario final de los bienes impugnados. Más concretamente, "las condiciones materiales, jurídicas o financieras de la operación de inversión, ocultamiento o conversión no pueden tener otra justificación que la de ocultar el origen o el beneficiario final de los bienes o ingresos".

Este mecanismo ha dado lugar a condenas en las siguientes situaciones, entre otras:⁵⁹

- Una persona intentó cruzar la frontera en posesión de un sobre que contenía 49.500 euros, sin declararlo. Las autoridades extranjeras informaron a los investigadores de que el acusado estaba siendo investigado por fraude a gran escala. Además, el relato del acusado sobre su viaje a través de las fronteras era incoherente y no podía aportar justificaciones plausibles de los motivos del viaje. También se tuvo en cuenta la cuantía de la suma no declarada para deducir que las condiciones materiales de la operación de ocultamiento de este dinero no podían tener otra justificación que ocultar su origen o su beneficiario real.
- Se encontró a una persona con 224.000 euros ocultos en las fundas de los asientos de los vehículos, en un convoy y a lo largo de una ruta diseñada para evitar los controles, habiendo revelado los billetes fuertes rastros de cocaína y no habiendo justificado el acusado el origen de la supuesta deuda que estaba saldando al realizar el transporte. Aunque el acusado había aportado varias versiones para explicar el origen del dinero, ninguna de ellas se consideró convincente.

6.2.2. *Compatibilidad con los derechos fundamentales*

El Tribunal de Casación francés ha confirmado reiteradamente la compatibilidad de este dispositivo con los derechos fundamentales:

*"Por una parte, la **presunción de ilicitud**, establecida por el texto impugnado, del origen de los bienes o ingresos a los que se refiere el delito de lavado de activos previsto en el artículo 324-1 del Código Penal, no es irrefutable y, por otra parte, requiere, para ser aplicada, la **conurrencia de condiciones de hecho o de derecho que conduzcan a presumir el ocultamiento del origen o del beneficiario final de dichos bienes o ingresos**".⁶⁰*

En otro caso, el Tribunal consideró que el Tribunal de Casación justificó su decisión cuando, para aplicar esta presunción, constató, en razón de su propia apreciación soberana, las circunstancias de hecho que le permitían afirmar que las condiciones materiales de la operación de ocultamiento de la suma en posesión de la cual fue encontrado el acusado cuando cruzó la frontera no pueden tener otra justificación que ocultar el origen o el beneficiario final de esta suma.⁶¹

⁵⁹ Ejemplos facilitados por un fiscal francés que respondió a la encuesta.

⁶⁰ *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 9 décembre 2015, 15-90.019*

⁶¹ *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 6 mars 2019, 18-81.059*

6.3. Enriquecimiento ilícito

6.3.1. Consideraciones generales

El mecanismo analizado en este apartado consiste en **leyes en virtud de las cuales el control por parte de una persona de una cantidad de patrimonio no justificado constituye un delito penal**. Estas leyes se aplican con arreglo a procedimientos penales y conllevan sanciones penales.

El artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción insta a los Estados Parte a introducir el delito de enriquecimiento ilícito en sus ordenamientos jurídicos. Es interesante señalar que, en consonancia con el objetivo de la Convención de luchar contra la corrupción, el delito mencionado se limita a los funcionarios públicos:

"Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".

En un estudio de 2021, se encontraron leyes de este tipo en numerosos países, entre ellos Afganistán, República del Congo, Jordania, Pakistán, Argelia, Costa de Marfil, Kuwait, Palestina, Antigua y Barbuda, Cuba, República Kirguisa, Panamá, Argentina, Yibuti, Líbano, Paraguay, Armenia, República Dominicana, Libia, Perú, Benín, Ecuador, Lituania, Ruanda, Bután, Egipto, Madagascar, Santa Lucía, Bolivia, El Salvador, Malawi, Santo Tomé y Príncipe, Botsuana, Eswatini, Malí, Senegal, Brunei Darussalam, Etiopía, Islas Marshall, Seychelles, Burkina Faso, Fiyi, Mauritania, Sierra Leona, Camboya, Guatemala, México, Sudán, Chile, Guinea, Moldavia, Tanzania, China, Guyana, Mongolia, Togo, Hong Kong, Haití, Mozambique, Túnez, Macao, Honduras, Nepal, Turquía, Colombia, India, Nicaragua, Uganda, República Democrática del Congo, Jamaica, Níger, Venezuela.⁶²

En estas jurisdicciones, la persecución del enriquecimiento ilícito presenta una gran ventaja para las autoridades sobre, por ejemplo, la persecución del lavado de activos,⁶³ ya que el fiscal no tiene que demostrar la comisión de un delito determinante y ni siquiera el origen ilícito de los bienes. De hecho, el fiscal sólo debe demostrar:

- 1) los ingresos lícitos del acusado;
- 2) la cuantía del patrimonio que controla efectivamente;
- 3) la desproporción entre ambos.

Estos elementos, combinados con la ausencia de una "explicación razonable" por parte del acusado sobre el origen de esos activos, hacen que la parte del patrimonio del acusado que sea a la vez

⁶² A. Dornbierer, Enriquecimiento ilícito: Una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable, 2021, Instituto de Basilea sobre Gobernanza, 45.

⁶³ Los profesionales de algunas otras jurisdicciones, sin embargo, consideran que el enriquecimiento ilícito puede estar cubierto por el delito de lavado de activos en su propia legislación, en particular cuando la interpretación de las pruebas circunstanciales permite desplazar la carga de la prueba (véase el apartado 6.1.).

desproporcionada e injustificada se considere ilícita, y si también se demuestra el *mens rea* ("intencionalmente", según la redacción del artículo 20 de la CNUCC), se enfrentará a una condena.

Las **sanciones** por delitos de enriquecimiento ilícito varían según las jurisdicciones y pueden incluir penas de prisión, multas o sanciones administrativas. El delincuente condenado también deberá devolver los bienes adquiridos ilícitamente. Esto puede hacerse a través de diversos mecanismos, como órdenes de compensación o restitución, o mediante el decomiso.

A menudo, como en el caso del artículo 20 de la CNUCC, los delitos penales de enriquecimiento ilícito se limitan a los **funcionarios públicos**, lo que refleja el vínculo entre la introducción de este mecanismo en las legislaciones nacionales y los esfuerzos mundiales para luchar contra la corrupción. A menudo, el delito sigue aplicándose a los funcionarios públicos durante un período limitado después de que hayan dejado el cargo.⁶⁴

Sin embargo, hay jurisdicciones en las que el delito de enriquecimiento ilícito se aplica también a las personas privadas, como Lituania:

Enriquecimiento injusto

1. La persona que posea por derecho de propiedad bienes cuyo valor exceda de 500 MSL, sabiendo o debiendo saber y pudiendo saber que dichos bienes no podrían haber sido adquiridos con ingresos legítimos,

será castigado con multa o arresto o pena privativa de libertad de hasta cuatro años.

2. La persona que se apodere de los bienes a que se refiere el apartado 1 del presente artículo procedentes de terceros quedará exenta de responsabilidad penal por enriquecimiento injusto cuando lo comunique a las instituciones policiales antes de la notificación de un aviso de sospecha y colabore activamente en la determinación del origen de los bienes.

3. Las personas jurídicas también serán responsables de los actos previstos en el presente artículo.

**Nota: De conformidad con el apartado 1 del artículo 189, sólo serán penalmente responsables las personas que posean los bienes que reúnan las características especificadas en el apartado 1 del artículo 189 del Código Penal tras la entrada en vigor de la presente Ley.⁶⁵*

Incluso cuando se aplican tanto a funcionarios públicos como a ciudadanos particulares, los delitos de enriquecimiento ilícito pueden ofrecer **más garantías a los ciudadanos particulares**, lo que refleja el origen de este mecanismo nacido de las políticas anticorrupción.⁶⁶ Es interesante observar que, en

⁶⁴ Por ejemplo, en Guatemala, el delito se aplica también a los ex funcionarios públicos hasta cinco años después de que hayan dejado el cargo (artículo 448 del Código Penal, Decreto Número 1773 (modificado por Ley Contra La Corrupción, Decreto Número 312012).

⁶⁵ Ley sobre la aprobación y entrada en vigor del Código Penal, 26 de septiembre de 2000 No VIII-1968 (modificada por última vez el 23 de abril de 2015 - No XII-1649), artículo 189(1).

⁶⁶ Por ejemplo, el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 27 de la Ley boliviana de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz" (Ley n.º 004 de 31.03.2010) se aplica a los funcionarios públicos; mientras que otro delito tipificado en el artículo 28 de la misma ley se aplica a los ciudadanos particulares si la conducta "afectó al patrimonio del Estado".

algunas jurisdicciones, los delitos de enriquecimiento ilícito son aplicables a las personas jurídicas o incluso a los cómplices.⁶⁷

En algunos ordenamientos jurídicos, el delito de enriquecimiento ilícito requiere que el fiscal demuestre un elemento adicional, a saber, una "**sospecha razonable**" o "**creencia razonable**" de que se ha producido algún tipo de actividad delictiva o de que el patrimonio objeto de examen se ha obtenido por medios ilícitos. La legislación de los Emiratos Árabes Unidos contempla este tipo de delito:

"El que adquiera, oculte o realice una transacción con fondos cuando existan pruebas o presunciones suficientes de que el origen de dichos fondos es ilegítimo, será castigado con pena de prisión no inferior a tres meses y multa no inferior a 50.000 (cincuenta mil) dirhams, o con una de las dos sanciones. Una vez dictada la sentencia condenatoria, el tribunal ordenará el decomiso de conformidad con lo dispuesto en el artículo (26) del presente Decreto Ley".

En Singapur existe un delito similar:⁶⁸

Posesión o utilización de bienes razonablemente sospechosos de ser beneficios procedentes del tráfico de drogas, etc.

55. — (1) Toda persona que posea o utilice bienes de los que pueda sospecharse razonablemente que son, o representan en todo o en parte, directa o indirectamente, beneficios del tráfico de drogas o beneficios de conductas delictivas será culpable de un delito si no explica satisfactoriamente cómo ha obtenido dichos bienes.

(2) Toda persona que cometa un delito en virtud del apartado (1) será responsable en caso de condena:

(a) si la persona es un particular, a una multa no superior a \$150.000 o a una pena de prisión no superior a 3 años, o a ambas; o

(b) si la persona no es un particular, a una multa no superior a \$300.000.

Es interesante observar que estos dos ejemplos no sólo se aplican a los funcionarios, sino también potencialmente a los particulares. De hecho, ambas disposiciones fueron introducidas por leyes destinadas a luchar contra la delincuencia organizada y el lavado de activos. Sin embargo, este mayor alcance se ve contrarrestado por el elemento adicional que debe demostrar el fiscal, lo que confirma la tendencia a ofrecer más garantías al acusado (en comparación con el artículo 20 de la CNUCC) cuando el delito también se aplica a ciudadanos particulares. Dicho esto, una "sospecha razonable", una "creencia razonable" o "indicios o presunciones suficientes" son grados de prueba significativamente inferiores a la norma canónica "más allá de toda duda razonable" que se aplicaría en un proceso por lavado de activos.

Es importante señalar que, en virtud de este mecanismo, **la fiscalía sigue teniendo que demostrar adecuadamente la desproporción entre el patrimonio que se disfruta y los ingresos legales del**

⁶⁷ Véase A. Dornbierer, supra n. 62, 49- 51.

⁶⁸ Ley de corrupción, tráfico de drogas y otros delitos graves (decomiso de beneficios) de 1992, modificada por última vez por la Ley 18 de 2022.

acusado. Esto puede ilustrarse, entre otros, con el caso "Uganda contra Benard Davis Wandera",⁶⁹ en el que el perito de la fiscalía no había facilitado los detalles del cálculo del valor de los bienes del acusado. Éste fue absuelto por ese motivo.

Como se ha mencionado anteriormente, un elemento crucial de los delitos de enriquecimiento ilícito es la ausencia de justificación por parte del acusado del origen de los bienes. Algunos delitos exigen que el acusado **demuestre el origen lícito de sus bienes** según un "equilibrio de probabilidades", mientras que muchos otros solo requieren una explicación "satisfactoria" o "razonable" para que el acusado evite una condena. Por ejemplo, en Tanzania,

27. (1) Comete delito quien, siendo o habiendo sido funcionario público:

(a) mantenga un nivel de vida superior al que corresponde a sus ingresos legales presentes o pasados;

*(b) posea bienes desproporcionados en relación con sus ingresos legales presentes o pasados, **a menos que dé una explicación satisfactoria** al tribunal sobre cómo pudo mantener ese nivel de vida o cómo llegaron a sus manos dichos bienes.⁷⁰*

Por el contrario, en Nicaragua, el estándar aplicado a la defensa es que la explicación debe ser "razonable".⁷¹

6.3.2. Compatibilidad con los derechos fundamentales⁷²

El recurso a la presunción de que determinadas riquezas o bienes se obtuvieron por medios ilegales, haciendo recaer en el acusado la carga de probar el origen lícito de su riqueza, puede suscitar inquietudes en cuanto a la compatibilidad de estos mecanismos con la presunción de inocencia, a fortiori cuando ciertas jurisdicciones imponen al acusado la obligación explícita de dar explicaciones satisfactorias sobre el origen de su riqueza. Así pues, algunos mecanismos han sido cuestionados por contravenir uno de los requisitos fundamentales del principio de presunción de inocencia, a saber, que la responsabilidad de probar los elementos clave de un delito debe recaer en la parte acusadora.

Algunas jurisdicciones han considerado que el **delito de enriquecimiento ilícito no invierte la carga de la prueba** y que, en consecuencia, la parte acusadora debe probar todos los elementos del delito.

En Lituania, se solicitó al Tribunal Constitucional que evaluara la compatibilidad del delito de enriquecimiento ilícito con el principio de presunción de inocencia recogido en la Constitución lituana. Observando que el Código de Procedimiento Penal en Lituania especifica que la carga de la prueba de un delito de enriquecimiento ilícito recae en el fiscal, el tribunal concluyó que la carga de la prueba no se invirtió, que el acusado no tiene obligación de probar la legitimidad de su enriquecimiento y que tiene derecho a defenderse sin aportar pruebas para refutar el delito.⁷³ El acusado tiene derecho a

⁶⁹ Uganda contra Benard Davis Wandera, Tribunal de Apelación, recurso penal n.º 781 de 2014.

⁷⁰ Ley de Prevención y Lucha contra la Corrupción de 2007, artículo 27.

⁷¹ Artículo 448 del Código Penal, Ley N.º 641, Aprobado el 13 de noviembre de 2007

⁷² Véase también el análisis en profundidad en A. Dornbierer, supra n.62, apartados 4.1-4.3.

⁷³ Tribunal Constitucional de Lituania, Caso núm. 14/20151/20162/201614/201615/2016 - El Tribunal Constitucional de la República de Lituania en nombre de la República de Lituania sentencia sobre la conformidad del apartado 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de la República de Lituania 15 de marzo de 2017, N.º KT4-N3/2017.

defenderse, aportar pruebas e impugnar las sospechas o cargos que se le imputan. El tribunal subrayó que el acusado no está obligado a demostrar su inocencia y que guardar silencio no puede considerarse un agravante de su situación en el proceso penal.

Al examinar la formulación del delito lituano en cuestión,⁷⁴ es interesante observar que la conducta tipificada como delito es el hecho de poseer bienes (cuyo valor debe superar un determinado umbral) siendo consciente o debiendo ser y pudiendo ser consciente de que dichos bienes no podrían haberse adquirido con ingresos legítimos. En cierto sentido, su tipificación puede acercarse más a algunos de los delitos de lavado de activos analizados en apartados anteriores que al artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en particular porque exige la prueba del origen ilícito de los bienes ("*dichos bienes no podrían haberse adquirido con ingresos legítimos*") y un elemento intencional ("*siendo consciente o debiendo ser y pudiendo ser consciente*") que el fiscal debe probar. Una diferencia notable es que el delito se aplica aparentemente al producto de cualquier acto ilícito (que no necesita ser identificado, siempre que se hayan excluido las fuentes legítimas de ingresos), a diferencia de los enfoques comunes en los que los delitos subyacentes se limitan a delitos o categorías de delitos concretos (véase supra página 18).

Más relevante para los delitos que siguen la interpretación del artículo 20 de la CNUCC es el caso Alsogaray⁷⁵ en Argentina, en el que el tribunal consideró que el delito no implicaba ninguna inversión de la carga de la prueba. El delito se formuló de la siguiente manera:

Art. 268 (2): "Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho".

Uno de los puntos clave examinados por el Tribunal fue si esta disposición invertía la carga de la prueba de forma contraria a la presunción de inocencia al basar la condena en la ausencia de justificación de la procedencia del patrimonio por parte del acusado. En su matizado análisis, el Tribunal aclaró que la conducta tipificada era el hecho, para un funcionario público, de incrementar su patrimonio en grado "apreciable" sin justificación objetiva de ese enriquecimiento. Sin embargo, el elemento de "no justificación" no se deriva de la falta de explicación por parte del acusado durante el juicio, sino por la ausencia de razón objetiva para el enriquecimiento del acusado, que el fiscal tiene que probar.⁷⁶ Este

⁷⁴ Véase supra página 25.

⁷⁵ Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 'Alsogaray', causa°4787 (2005).

⁷⁶ Véase el pasaje relevante: "*Pero esta injustificación, a la luz de todo lo expuesto, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la*

razonamiento se aproxima al expresado por el Tribunal de Casación francés en relación con la "no justificación de los recursos" analizada en el apartado 6.4.2. En conclusión, el fiscal tiene que presentar un caso *prima facie* que demuestre el incremento apreciable del patrimonio y la ausencia objetiva de justificación, tras lo cual el acusado tendrá, como manifestación de su derecho a defenderse y en consonancia con los principios generales del proceso penal, la facultad de aportar pruebas para demostrar que el incremento estaba justificado.⁷⁷ En consecuencia, la disposición no invierte la carga de la prueba ni contraviene la presunción de inocencia ni el derecho a no autoincriminarse.

En otras jurisdicciones, se considera que los delitos de enriquecimiento ilícito contienen presunciones que trasladan en cierta medida **la carga de la prueba** al acusado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su histórica sentencia "Salabiaku contra Francia",⁷⁸ desempeñó un papel importante en la configuración de la jurisprudencia sobre la compatibilidad de los mecanismos de inversión de la carga de la prueba en los procesos penales con la presunción de inocencia. En ese caso, el demandante impugnaba las disposiciones legales según las cuales, como se le había encontrado en posesión de mercancías prohibidas mientras cruzaba la frontera, se había presumido que había cometido un delito de contrabando y había sido finalmente condenado. El tribunal sostuvo que la presunción de inocencia no es un derecho absoluto y no impide que los ordenamientos jurídicos apliquen legislación que incluya presunciones refutables de hecho o de derecho. Sin embargo, dichas presunciones deben estar dentro de unos límites razonables y deben salvaguardar los derechos de la defensa.⁷⁹ El tribunal concluyó que la condena del demandante no era incompatible con la presunción de inocencia ya que, si bien existía una presunción legal de que había cometido un delito de contrabando, los tribunales nacionales habían considerado todas las pruebas de que disponían en el caso, ninguna de las cuales refutaba la presunción.

Esta posición ha sido reafirmada en decisiones judiciales posteriores⁸⁰ y ha encontrado apoyo en tribunales nacionales de todo el mundo. El caso "Salabiaku contra Francia" se ha citado en procedimientos judiciales para determinar la compatibilidad de los delitos que incluyen mecanismos de inversión de la carga con la presunción de inocencia.⁸¹

En todo el mundo se han empleado diferentes enfoques y pruebas para evaluar la aceptabilidad de tales excepciones al principio de presunción de inocencia. Estas cuestiones incluyen evaluar si la parte acusadora sigue estando obligada a probar los hechos fundamentales de su acusación en un

comprobación -en base a las pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada".

⁷⁷ Véase el pasaje relevante: "ni puede asignarse entidad delictiva en los términos de esta figura penal a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado libre de presiones y sujeciones de cualquier índole y no sometido a la coacción que implica la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal".

⁷⁸ TEDH, *Salabiaku contra France*, sentencia 10519/83, 7 de octubre de 1988.

⁷⁹ Ídem, § 28.

⁸⁰ TEDH, *Falk contra Países Bajos*, Sentencia 66273/01, 19 de octubre de 2004; TEDH, *Krumpholz contra Austria*, Sentencia 13201/05, 18 de marzo de 2010.

⁸¹ *Procurador general contra Hui Kin-hong* [1995] HKCA 351.

procedimiento con arreglo a la ley; evaluar si las presunciones contenidas en el delito se derivan lógicamente de los hechos probados por la parte acusadora; examinar si la infracción del principio de presunción de inocencia impuesta por la ley sirve al interés público; y considerar si los hechos necesarios para refutar la presunción están dentro del conocimiento particular del acusado.

La legitimidad de tales disposiciones suele ser evaluada por los tribunales en función de **si el Estado conserva la responsabilidad principal de probar la culpabilidad del acusado**, incluso cuando el procedimiento incluye un desplazamiento de la carga de la prueba. Si el tribunal determina que el Estado debe establecer los ingredientes esenciales o los hechos fundacionales de la acusación antes de poner en marcha tales mecanismos, la ley puede considerarse compatible con el principio de presunción de inocencia.

En el caso "Procurador General contra Hui Kin-Hong"⁸² de Hong Kong, el Tribunal de Apelación siguió un razonamiento de este tipo al evaluar la legitimidad de la siguiente disposición:⁸³

"Posesión de bienes inexplicables

(1) Toda persona que, siendo o habiendo sido jefe del Ejecutivo o funcionario prescrito: [...]

(a) mantenga un nivel de vida superior al que corresponde a sus emolumentos oficiales actuales o pasados; o

(b) dispone de recursos pecuniarios o bienes desproporcionados en relación con sus emolumentos oficiales actuales o pasados, será culpable de un delito, a menos que dé una explicación satisfactoria al tribunal de cómo pudo mantener tal nivel de vida o cómo llegó a controlar tales recursos pecuniarios o bienes".

El Tribunal de Apelación trató de determinar los elementos esenciales que un fiscal debe probar para desencadenar una presunción contra el acusado. El tribunal concluyó que el fiscal debe probar la cuantía de los recursos pecuniarios y otros bienes bajo el control del acusado, los emolumentos oficiales totales del acusado, y establecer una desproporción entre ambos. El tribunal razonó que, si bien el artículo 10 provocaba un desplazamiento de la carga de la prueba, a diferencia de un caso anterior,⁸⁴ el desplazamiento era razonable, ya que las cuestiones que la acusación debía probar para activar esa presunción eran más complejas que una mera formalidad.⁸⁵ Los Tribunales Supremos de India⁸⁶ y Pakistán adoptaron razonamientos similares.⁸⁷

Otra consideración para la aceptabilidad de tales presunciones es **si se derivan racionalmente de los hechos** establecidos por la acusación. En el caso "Tot contra Estados Unidos",⁸⁸ el tribunal examinó una presunción según la cual, en un Estado en el que las armas de fuego suelen estar registradas, la posesión de un arma de fuego no registrada podía crear la presunción de que había sido adquirida en

⁸² Ídem.

⁸³ Artículo 10 del Cap. 201 Ordenanza de Prevención del Soborno, L.N. 58 de 1971.

⁸⁴ *Procurador general contra Lee Kwong-kut* [1993] AC 951

⁸⁵ *Procurador general contra Hui Kin-hong* [1995] HKCA 351, § 40.

⁸⁶ *Vasant Rao Guhe contra el Estado de Madhya Pradesh* (Apelación penal n.º 1279 de 2017).

⁸⁷ *Syed Qasim Shah contra el Estado* 2009 SCMR 790.

⁸⁸ *Tot contra Estados Unidos*, 319 U.S. 463 (1943); véase también *Leary contra Estados Unidos* 395 US 6 (1969).

otro Estado. El tribunal sostuvo que la presunción no era admisible porque no satisfacía la prueba de conexión racional. El tribunal subrayó que una presunción legal debe tener una conexión racional entre el hecho probado y el hecho último presumido, y la inferencia entre ambos debe estar respaldada por la experiencia común. Varios tribunales nacionales han adoptado un razonamiento similar en relación con la racionalidad de las presunciones que pueden dar lugar a condenas por enriquecimiento ilícito.⁸⁹

Cuando los tribunales evalúan la legitimidad de las infracciones del principio de presunción de inocencia, una consideración crucial es **si la desviación sirve para proteger un interés social más amplio**. Los tribunales de todo el mundo han tratado de determinar si el objetivo subyacente de una carga inversa es lo suficientemente imperioso y de interés público como para justificar una infracción del principio de presunción de inocencia.

En el asunto "R contra Oakes", la Corte Suprema canadiense revisó una disposición que establecía la presunción de que una persona hallada en posesión de sustancias estupefacientes tenía la intención de traficar con ellas. Hizo la siguiente consideración:

"[El objetivo de la medida] *debe ser lo suficientemente importante como para justificar la anulación de un derecho o libertad constitucionalmente protegidos. El nivel debe ser alto para garantizar que los objetivos triviales o discordantes con los principios de una sociedad libre y democrática no obtengan protección. Como mínimo, un objetivo debe estar relacionado con preocupaciones sociales que sean apremiantes y sustanciales en una sociedad libre y democrática antes de que pueda calificarse de suficientemente importante*".⁹⁰

En varias jurisdicciones que han llevado a cabo dicha evaluación de proporcionalidad, la necesidad de luchar contra la corrupción se ha considerado un objetivo de interés público lo suficientemente importante como para legitimar la presunción presente en los delitos de enriquecimiento ilícito dirigidos contra funcionarios públicos.⁹¹

La cuarta cuestión importante sobre la que reflexionan los tribunales es **si un mecanismo concreto que implique un desplazamiento de la carga de la prueba exige que el acusado pruebe cuestiones que están particularmente dentro de su propio conocimiento**. Este concepto está íntimamente ligado al carácter refutable de la presunción en contra del acusado, que es una de las condiciones *sine qua non* que permiten una excepción a la presunción de inocencia. En efecto, el hecho de que los medios de refutación de la presunción contra el acusado estén particularmente a su alcance permite sostener que la carga que se le impone no es irrazonable.

En el caso "K. Veeraswami contra la Unión de la India y otros",⁹² la Corte Suprema de la India evaluó la legitimidad del desplazamiento de la carga que supone el delito de enriquecimiento ilícito de la Ley de prevención de la corrupción. Sostuvo que la carga puede recaer, en ciertos casos, en el acusado, en

⁸⁹ Véase infra "Inconstitucionalidad de la no justificación de recursos en Italia: la razonabilidad de las presunciones" (Inconstitucionalidad de la no justificación de recursos en Italia: la razonabilidad de las presunciones); véase también Tribunal de Primera Instancia de Malawi, *República contra Wesley Mzumara* (causa penal n.º 47 de 2010); véase también el caso "Wandera", supra n.69.

⁹⁰ *R contra Oakes* [1986] 1 SCR 103, 76.

⁹¹ *Procurador General contra Hui Kin-hong* [1995] HKCA 351; *N. Pasupathy contra el Estado* 2018 (1) MLJ (CrI) 745, 212.

⁹² Corte Suprema de la India, *K. Veeraswami contra Unión de la India y otros* 1991 SCR (3)

particular en lo que se refiere a asuntos "especialmente de su conocimiento". El tribunal declaró que no sería irrazonable, injusto o inequitativo imponer tal carga al acusado, considerando que no se puede esperar razonablemente que la parte acusadora conozca los asuntos de un funcionario público que se encuentra en posesión de recursos o bienes desproporcionados en relación con sus fuentes de ingresos conocidas.⁹³ El conocimiento particular por parte del acusado de los hechos que refutarían la presunción también se planteó en la citada sentencia "Hui Kin-Hong".

No obstante, es importante señalar que algunos tribunales han expresado su preocupación por basarse únicamente en la valoración de los conocimientos particulares del acusado a la hora de evaluar la aceptabilidad de las presunciones legales en causas penales. En "Tot contra Estados Unidos", el Tribunal subrayó que la información del acusado no puede justificar por sí sola la creación de una presunción: de hecho, esto implicaría una inversión completa de la carga de la prueba en todos los casos penales, ya que el acusado siempre está al menos tan bien informado sobre los hechos, si no más, que la fiscalía. Por este motivo, el tribunal consideró este aspecto como una prueba "corolaria" que debe aplicarse junto con la prueba de conexión racional comentada anteriormente.⁹⁴

Otro importante desafío constitucional a los delitos de enriquecimiento ilícito se refiere al **derecho al silencio y al privilegio contra la autoincriminación**, que son principios fundamentales destinados a garantizar la imparcialidad de los procedimientos judiciales. Estos principios tienen su origen en la presunción de inocencia. El derecho al silencio impide que una persona acusada sea obligada a prestar declaración durante las diligencias previas o el juicio. También les protege de las inferencias adversas que puedan derivarse de su decisión de guardar silencio. En consecuencia, el privilegio contra la autoincriminación puede permitir a las personas negarse a responder a preguntas o presentar pruebas que podrían implicarlas en presuntos actos o someterlas a otros procedimientos judiciales.

El caso "Murray contra el Reino Unido",⁹⁵ examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizaba si el hecho de que un acusado no respondiera a las preguntas de la policía o no declarara ante el tribunal podía dar lugar a inferencias adversas en su contra durante el proceso. El tribunal reconoció que el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas reconocidas internacionalmente que forman parte integrante del concepto de un procedimiento justo. Sin embargo, el tribunal también concluyó que estos principios no son absolutos y deben estar sujetos a ciertas condiciones.

El tribunal subrayó que sería incompatible con estos principios basar una condena única o principalmente en el silencio del acusado o en su negativa a responder a las preguntas. Sin embargo, declaró que el silencio de un acusado podía tenerse en cuenta a la hora de evaluar el carácter persuasivo de las pruebas presentadas por la fiscalía, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. Estas condiciones incluyen proporcionar advertencias apropiadas al acusado sobre las consecuencias legales de mantener silencio, establecer un caso *prima facie* contra el acusado con pruebas directas que, de ser creídas, podrían llevar a un jurado adecuadamente dirigido a concluir que los elementos esenciales del delito están probados, y demostrar que las pruebas contra el acusado requieren una explicación que el acusado debería poder proporcionar. El Tribunal amplió el

⁹³ Ídem., 189.

⁹⁴ Corte Suprema de EE. UU., *Tot contra Estados Unidos*, 319 U.S. 463 (1943), 467-469.

⁹⁵ TEDH, *Murray contra el Reino Unido*, sentencia 14310/88, 28 de octubre de 1994.

razonamiento de "Murray" en "Zschüschen contra Bélgica" y nos remitimos a la discusión en el apartado 6.1 para más detalles.

En el caso "Vasant Rao Guhe contra el Estado de Madhya Pradesh",⁹⁶ juzgado por la Corte Suprema de la India, se debatió brevemente la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos de enriquecimiento ilícito. Mencionó que, si la acusación no logra probar que un funcionario público, ya sea individualmente o a través de otra persona, poseía recursos pecuniarios o bienes desproporcionados en relación con sus fuentes de ingresos conocidas durante su mandato, el acusado no está legalmente obligado a ofrecer ninguna explicación. En tales casos, no se puede obligar a un funcionario público a dar explicaciones en ausencia de pruebas relativas a la acusación de posesión desproporcionada.

En el contexto del derecho penal, el **principio contra la retroactividad** prohíbe castigar a un individuo por un acto que no se consideraba delito en el momento en que se cometió. Sin embargo, a pesar de estas prohibiciones, las leyes retroactivas son habituales en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, en particular en los casos de evasión y elusión fiscales. La aplicación de leyes retroactivas en casos de enriquecimiento ilícito varía según los países.

La Corte Suprema de Lituania interpretó estrictamente el TEDH y el Código Penal lituano, declarando que los acusados no pueden ser declarados culpables de enriquecimiento ilícito por adquisiciones realizadas antes de que se promulgara la ley que tipifica como delito el enriquecimiento ilícito. El tribunal razonó que castigar un acto ocurrido antes de la entrada en vigor de la ley exigiría una aplicación retroactiva que se limita, en Lituania, a una lista exhaustiva de delitos contenidos en el artículo 3 del Código Penal y no incluía el delito de enriquecimiento ilícito.⁹⁷

Por el contrario, el Tribunal Constitucional de Uganda no encontró ningún conflicto entre la disposición sobre enriquecimiento ilícito y el artículo de irretroactividad de la Constitución de Uganda, lo que permite que la ley se dirija a propiedades adquiridas antes de su promulgación. De hecho, el artículo 31 de la Ley anticorrupción n.º 6 de 2009, que tipificaba el delito en cuestión, decía lo siguiente:

"(1) El Inspector General del Gobierno o el Director del Ministerio Público o un funcionario autorizado podrán investigar o hacer que se investigue a cualquier persona cuando existan motivos razonables para sospechar que dicha persona: (a) mantiene un nivel de vida superior al que corresponde a sus fuentes de ingresos o bienes actuales o pasados conocidos; o (b) controla o posee recursos pecuniarios o bienes desproporcionados en relación con sus fuentes de ingresos o bienes actuales o pasados conocidos.

(2) Toda persona que se encuentre en posesión de recursos pecuniarios o bienes adquiridos ilícitamente comete un delito y podrá ser condenada a una pena de prisión de hasta diez años o a una multa de hasta doscientos cuarenta puntos monetarios, o a ambas.

⁹⁶ *Vasant Rao Guhe contra el Estado de Madhya Pradesh* (Apelación penal n.º 1279 de 2017).

⁹⁷ Caso núm. 14/2015-1/2016-2/2016-14/2016-15/2016 - Sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Lituania en nombre de la República de Lituania sobre la conformidad del apartado 1 del artículo 1891 del Código Penal de la República de Lituania con la Constitución de la República de Lituania 15 de marzo de 2017, n.º KT4-N3/2017, 18.1-18.4.

(3) Cuando un tribunal considere en un procedimiento por un delito contemplado en el apartado (2) que, teniendo en cuenta la proximidad de su relación con el acusado y otras circunstancias pertinentes, existen motivos para creer que cualquier persona tenía recursos pecuniarios o bienes en fideicomiso para el acusado o en su nombre, o que adquirió dichos recursos o bienes del acusado como regalo o préstamo sin una contraprestación adecuada, se considerará, hasta que se demuestre lo contrario, que dichos recursos o bienes estaban bajo el control o en posesión del acusado".

Dado que el elemento material del delito es la "posesión" actual de bienes adquiridos ilícitamente en desproporción con las "fuentes de ingresos o bienes actuales o pasados conocidos", el hecho de que los bienes se adquirieran antes de la promulgación de la ley que sanciona el delito es irrelevante. Como señala el Tribunal:

"El demandante trata de interpretar la expresión "bienes conocidos en el pasado" del artículo 31 de la Ley anticorrupción en el sentido de que, si un bien ya existía antes de que se promulgara la Ley anticorrupción, ese bien no puede utilizarse para presentar cargos penales en virtud de la Ley anticorrupción. Consideramos que esta interpretación no puede ser la que pretendía el legislador. Ciertamente, la Ley se aprobó con el fin de evitar que las personas se involucren en acciones corruptas, según su nombre, no para regular el momento de las investigaciones de la IGG. En nuestra opinión, la cuestión no es el momento en que se adquirieron las posesiones, sino más bien si tales adquisiciones son explicables en razón de los ingresos y otras fuentes del presunto infractor.

[...]El delito se refiere a las posesiones actuales del demandante y si hubiera dispuesto de ellas con anterioridad, entonces estaría fuera del ámbito de dicha sección".⁹⁸

6.4. No justificación de recursos

6.4.1. Consideraciones generales

El delito contenido en el siguiente artículo del Código Penal francés es algo similar a los delitos de enriquecimiento ilícito mencionados anteriormente, pero con requisitos más estrictos. En efecto, el fiscal debe probar un elemento adicional, a saber, que el acusado mantiene "relaciones habituales" con una persona implicada en delitos graves.

Artículo 3216 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 2006-64 de 23 de enero de 2006.

El hecho de no justificar los recursos correspondientes a su modo de vida o de no justificar el origen de los bienes que posee, estando en relación habitual con una o varias personas que, o bien se dedican a la comisión de crímenes o delitos castigados con al menos cinco años de prisión y les proporcionan un beneficio directo o indirecto, o bien son víctimas de uno de estos delitos, se castiga con tres años de prisión y 75.000 euros de multa.

Las mismas penas se aplicarán a la facilitación de la justificación de recursos ficticios a personas que cometan crímenes o delitos castigados con al menos cinco años de prisión y que se beneficien directa o indirectamente de ellos.

⁹⁸ Ídem, referencia n. 1, págs. 9- 10.

En virtud de esta disposición, la fiscalía no tiene que probar el origen ilícito de los recursos, ni que el acusado conoce este origen ilícito. Se presume el origen ilícito de esos bienes.

Sin embargo, la fiscalía debe probar las relaciones habituales entre el acusado y la persona que se dedica a la comisión de los delitos mencionados (delitos graves que generan beneficios); así como la discrepancia entre los recursos y el estilo de vida del acusado. Estar "implicado en la comisión de" delitos tiene un sentido más amplio y un estándar probatorio menor que "cometer" delitos.

La presunción de origen ilícito de los recursos puede refutarse si el acusado puede probar el origen lícito de sus recursos. La mayoría de las condenas son el resultado de investigaciones en profundidad que demuestran que el acusado llevaba un estilo de vida fastuoso que era categóricamente incompatible con sus escasos ingresos oficiales.

Un caso típico de aplicación sería el del cónyuge o pareja de un narcotraficante del que no se puede demostrar que haya colaborado en el tráfico, pero que tiene en su cuenta bancaria bienes que no se corresponden con sus ingresos legales. Esto también se aplica a las personas que mantienen relaciones habituales con víctimas de delitos graves con ánimo de lucro (es decir, prostitutas o víctimas de la esclavitud) y, por tanto, puede aplicarse contra las personas que explotan a esas víctimas.

6.4.2. Compatibilidad con los derechos fundamentales

En cuanto a la diferencia entre la inversión de la carga de la prueba y la constatación de un delito, tal como se refiere al art. L-321-6 del Código Penal francés, la Cámara Penal del Tribunal de Casación francés considera que el delito de enriquecimiento ilícito no está vinculado a la inversión de la carga de la prueba, ya que no existe presunción de responsabilidad penal en dicho artículo, sino que establece un nuevo delito específico, cuya prueba corresponde a la parte acusadora, que debe aportar pruebas de que el sospechoso no dispone de recursos financieros suficientes para haber adquirido todos los bienes y propiedades que le pertenecen.

A nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la disposición es compatible con los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el caso "Aboufadda contra Francia", la investigación había revelado que los ingresos de los Aboufadda procedían en su mayor parte de las actividades de su hijo como narcotraficante y sus bienes, incluida la casa familiar, fueron decomisados en virtud de resoluciones de los tribunales franceses. El TEDH revisó la compatibilidad de este decomiso con el derecho al goce pacífico de los bienes y el derecho a la privacidad y a la vida familiar.

El tribunal destacó el "amplio margen de apreciación" de los Estados a la hora de evaluar el uso de bienes contra el interés general y consideró la decisión de los tribunales franceses como la expresión de la voluntad legítima de castigar severamente lo que equivale al ocultamiento de bienes adquiridos ilegalmente, a fortiori dada la gravedad de la infracción que generó el producto (tráfico de drogas a gran escala). La decisión se justificaba además por el hecho de que el decomiso de los bienes obtenidos del producto del delito está reconocido internacionalmente como un elemento clave de los sistemas de justicia penal eficaces. Además, los acusados tenían la posibilidad de no ser condenados demostrando el origen lícito de sus ingresos y bienes, pero no lo hicieron.

6.4.3. Inconstitucionalidad de la no justificación de recursos en Italia: la razonabilidad de las presunciones

Italia había introducido un delito similar a la no justificación de recursos. Bajo el artículo 708 del CP,

"Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año el que, hallándose en las circunstancias personales señaladas en el artículo anterior, fuere sorprendido en posesión de dinero u objetos de valor, o de otras cosas impropias de su estado, y de las que no justifique la procedencia".

El Tribunal Constitucional italiano había validado el delito que penalizaba la posesión injustificada de llaves o gonzúas alteradas por una persona ya condenada por una serie de delitos contra la propiedad (por ejemplo, hurto, robo, violación de domicilio, etc.) y exhortó a los jueces a hacer una evaluación en términos concretos (considerando, por ejemplo, si la persona había sido encontrada de día o de noche con un pasamontaña y con una herramienta para forzar la puerta).

En 1996, a la hora de examinar el artículo 708, que castigaba al mismo tipo de individuos cuando eran sorprendidos en posesión de bienes impropios de su estado de riqueza, impropios de su estatus, cuya procedencia no podían justificar, el Tribunal⁹⁹ razonó que el delito se basaba en la presunción de que esos bienes eran fruto del enriquecimiento ilícito y que, por lo tanto, se trataba, de alguna manera, de un delito consecutivo a un delito que no se había constatado, pero que, de alguna manera, se sospechaba. En ese caso, el tribunal consideró que ese supuesto estaba históricamente obsoleto, es decir, que la principal fuente de enriquecimiento ilícito ya no eran los delitos clásicos contra la propiedad. Ya en 1996, la principal fuente de enriquecimiento ilícito no eran los delitos contra la propiedad, sino las diversas formas de delincuencia organizada y de cuello blanco. Por lo tanto, crear una presunción de enriquecimiento ilícito para las personas que habían sido condenadas por delitos contra la propiedad creaba una disparidad de trato irrazonable, que fue el principal motivo por el que se declaró inconstitucional la disposición.

En otros países, los tribunales que han examinado la compatibilidad de los delitos de enriquecimiento ilícito con los derechos fundamentales, han realizado pruebas similares de la razonabilidad de las presunciones contenidas en los delitos de enriquecimiento ilícito y, contrariamente al ejemplo anterior, algunas presunciones se han considerado razonables (véase el apartado 6.3.2).

III. Recuperación del producto del delito

6.5. Consideraciones generales

Como ya se ha mencionado, existen **diversos mecanismos y procedimientos** para recuperar el producto del delito, todos los cuales ofrecen diferentes grados de flexibilidad. En los apartados siguientes se repasan los mecanismos mencionados por los encuestados.

Inspirándose en las normas establecidas por las convenciones internacionales, la Recomendación 4 del GAFI establece que

⁹⁹ Corte Costituzionale, Sentenza 370/1996 del 17 Ottobre 1996.

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe:

(a) bienes lavados,

(b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes,

(c) bienes que son el producto de, o fueron usados en, o tuvieron como fin o fueron asignados para usarse para financiar el terrorismo, actos terroristas o a organizaciones terroristas; o

(d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para:

(a) identificar, rastrear y valorar bienes sujetos a decomiso;

(b) ejecutar medidas provisionales como el congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes;

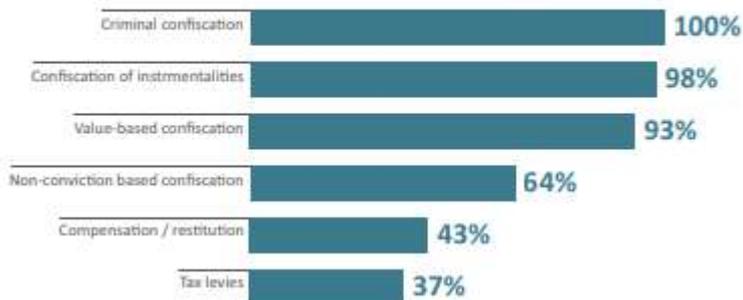
(c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del país para congelar o incautar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y

(d) tomar las medidas apropiadas para investigar.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

Una evaluación exhaustiva llevada a cabo por el GAFI y los organismos regionales del estilo del GAFI reveló que todos los países de la Red Global han establecido leyes y reglamentos para el decomiso penal (100%), y que la gran mayoría también cuenta con disposiciones para el decomiso de instrumentos (98%) y la aplicación del decomiso basado en el valor (93%). Aunque las normas del GAFI no lo exigen, una parte significativa de los países analizados (37 de 59) también permiten el decomiso sin condena.

AVAILABILITY OF DIFFERENT MEASURES AND TOOLS FOR CONFISCATION (IMMEDIATE OUTCOME 8)



DISPONIBILIDAD DE DIFERENTES MEDIDAS Y HERRAMIENTAS PARA EL DECOMISO (RESULTADO INMEDIATO 8)

Decomiso penal 100%
 Decomiso de instrumentos 98%
 Decomiso basado en valor 93%
 Decomiso sin condena 64%
 Compensación/restitución 43%
 Gravámenes impositivos 37%

Es interesante observar que, en muchas jurisdicciones, existen múltiples mecanismos y procedimientos que las autoridades pueden aplicar simultáneamente para recuperar los mismos activos, y en el siguiente apartado se detallan algunas buenas prácticas sobre cómo las autoridades pueden abordar estos solapamientos.

6.6. Modelos de decomiso basados en condena

6.6.1. *Decomiso penal*

Consideraciones generales

Este tipo de decomiso, presente en prácticamente todos los países del mundo (véase el apartado 6.5) consiste en el **decomiso de determinados bienes tras una condena firme por un delito penal**. Dicha condena firme también puede resultar de un procedimiento en rebeldía. El decomiso basado en una condena está presente en todas las jurisdicciones encuestadas. En varias jurisdicciones, el decomiso se basa exclusivamente en condenas (por ejemplo, Turquía, EAU, Chipre).

Por ejemplo, el Código Penal Federal canadiense establece el siguiente sistema:¹⁰⁰

- En virtud del artículo 462.37(1), "de conformidad con el presente artículo y los artículos 462.39 a 462.41, si un delincuente es condenado, o absuelto en virtud del artículo 730, por un delito designado y el tribunal que impone la condena o absuelve al delincuente, a petición del Fiscal General, está convencido, basándose en un balance de probabilidades, de que cualquier bien es producto del delito obtenido mediante la comisión del delito designado, el tribunal ordenará que los bienes sean decomisados a Su Majestad para que disponga de ellos como el Fiscal General indique o para que sean tratados de otro modo de conformidad con la ley".
- La sección 462.37(2) trata de la situación en la que los bienes no están relacionados con el delito por el que el defensor ha sido condenado o absuelto. El tribunal "puede" dictar una orden de decomiso de esos bienes si está "convencido, más allá de toda duda razonable, de que los bienes son producto del delito".
- De conformidad con la sección 462.37(1), el delincuente debe ser declarado culpable (y luego condenado o liberado) de un delito designado; y hay bienes que son producto del delito y están relacionados con el delito por el cual el delincuente ha sido condenado o liberado; la carga de la acusación es un balance de probabilidades.

¹⁰⁰ En el caso de Canadá, es importante señalar que, debido a la estructura federal del país, procedimientos como el decomiso sin condena se han introducido a nivel estatal y coexisten con las disposiciones aquí citadas.

- De conformidad con la sección 462.37(2), el delincuente debe ser declarado culpable (y condenado o absuelto) de un delito designado; y hay bienes que son producto del delito, pero no están relacionados con el delito por el que el delincuente ha sido condenado o absuelto; la carga de la prueba está más allá de toda duda razonable.

Existen sistemas similares en otros países de derecho anglosajón, como las Islas Vírgenes Británicas.¹⁰¹ Como nota al margen, este tipo de consideraciones no suelen aplicarse a los países de derecho civil, ya que estos sistemas no incluyen una jerarquía de estándares probatorios (véase el apartado 1).

El decomiso estándar basado en condena tiene dos formas: el decomiso basado en los activos y el decomiso basado en el valor. El decomiso penal puede limitarse a los bienes que constituyen el producto directo o los instrumentos¹⁰² del delito penal por el que se ha condenado a una persona (basado en los activos), pero muchos países (véase el apartado 6.5) permiten el decomiso de otros bienes de la persona condenada (incluso adquiridos legalmente), cuyo valor corresponda al valor de dichos instrumentos o productos (decomiso basado en el valor).

El decomiso basado en el valor, a veces también llamado "decomiso por valor equivalente", es una construcción jurídica que permite, cuando los bienes susceptibles de decomiso no pueden ser representados,¹⁰³ pronunciar un decomiso monetario por un importe equivalente al de los bienes sujetos a decomiso. En algunos países, la ley sólo permite el decomiso por valor equivalente de bienes que han sido identificados y valorados, pero que no pueden ser representados por una razón específica. Es el caso, por ejemplo, del artículo 43 bis del Código Penal belga, introducido por la Ley de 17 de julio de 1990, que prevé, por lo que se refiere al decomiso de los beneficios pecuniarios derivados del delito, que, si no pueden encontrarse estos bienes en el patrimonio del condenado, el juez procederá a evaluarlos en términos monetarios y el decomiso se referirá a una suma de dinero equivalente a los mismos. Otros procedimientos de decomiso basados en el valor no exigen la imposibilidad de representar el producto directo de la conducta delictiva y prevén que el juez calcule el beneficio obtenido por el delincuente del delito por el que fue condenado y, a continuación, ordene el decomiso de una cantidad equivalente a esa estimación.¹⁰⁴

Compatibilidad con los derechos fundamentales

Como este mecanismo es casi omnipresente en todas las jurisdicciones, en principio es compatible con los derechos fundamentales y los principios constitucionales comúnmente reconocidos. Sin embargo, un caso digno de mención es el de *Sun contra Rusia*,¹⁰⁵ en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaminó que una decisión rusa que ordenaba el decomiso de una suma de dinero constituía una violación del derecho al goce pacífico de los bienes en virtud del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰¹ *Proceeds of Criminal Conduct Act* (Ley de ganancias de conductas delictivas), Ley 5 de 1997, modificada en último lugar por la Ley 11 de 2017.

¹⁰² Activos o bienes utilizados para facilitar la comisión de ese delito, como vehículos de motor o yates.

¹⁰³ O materializados.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, en el Reino Unido, el artículo 7 de la *Proceeds of Crime Act* (Ley sobre el producto del delito) de 2002.

¹⁰⁵ TEDH, *Sun contra Rusia*, sentencia 31004/02, 5 de febrero de 2009.

En ese caso concreto, Sun había sido condenado por contrabando de divisas a Rusia. Tras la condena, el dinero que tenía en su poder cuando cruzó la frontera fue decomisado por haber sido "adquirido de forma delictiva", es decir, por constituir el producto de un delito. Sin embargo, la fiscalía no había demostrado, ni siquiera afirmado, que los bienes fueran de origen ilícito. Por el contrario, la investigación apoyó la afirmación de Sun de que el dinero había sido adquirido legalmente y la jurisprudencia rusa relacionada con el delito de contrabando de divisas consideraba sistemáticamente que el dinero contrabandeado constituía el "objeto" o "instrumento" del delito y no su producto. En consecuencia, dado que el decomiso del objeto o instrumento del delito no estaba previsto ni en la infracción penal por la que Sun había sido condenado, ni en el procedimiento de decomiso que se utilizó, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que el decomiso se había ordenado sin una base jurídica previsible y, por tanto, representaba una violación del derecho de propiedad de Sun en contravención del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

6.6.2. *Decomiso ampliado*

Consideraciones generales

Algunas jurisdicciones incluyen un sistema de **decomiso ampliado** basado en la presunción de que al menos parte de los ingresos de un delincuente condenado proceden de una actividad delictiva. Esta presunción es refutable y puede estar vinculada a un tipo concreto de delito¹⁰⁶ y aplicarse únicamente a los bienes adquiridos durante el periodo en el que se presume que el delincuente se ha beneficiado de su estilo de vida delictivo. La presunción también puede limitarse a los bienes que sean desproporcionados en relación con los ingresos legales del delincuente.

Esta presunción es refutable y corresponde al demandado demostrar el origen lícito de los bienes en cuestión, so pena de decomiso. Este sistema es muy común en los países de la UE debido a su armonización a nivel supranacional:¹⁰⁷

"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.

2. A los efectos del apartado 1 del presente artículo, el concepto de "infracción penal" incluirá, al menos, las siguientes:

(a) la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios;

¹⁰⁶ A veces se denominan "delitos de estilo de vida", como el tráfico de drogas o la trata de personas.

¹⁰⁷ Artículo 5 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea

(b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico;

(c) hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual tal como se dispone en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2011/93/UE; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva; la producción de pornografía infantil a que se refiere el artículo 5, apartado 6, de la citada Directiva;

(d) la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, a que se refieren los artículos 4 y 5, respectivamente, de la Directiva 2013/40/UE, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, de los mencionados en el artículo 7 de dicha Directiva, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad, previstos en el artículo 7 de dicha Directiva;

(e) una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años".

Por ejemplo, en Polonia:¹⁰⁸

"Cuando se dicte sentencia por un delito por el que el delincuente haya obtenido, incluso indirectamente, un beneficio económico sustancial, o del que se haya derivado o se hubiera podido derivar, incluso indirectamente, un beneficio económico, cuyo delito esté castigado con pena de prisión de 5 años o más, o cometido en el seno de un grupo organizado o de una asociación destinada a cometer un delito, los bienes de los que el autor haya tomado posesión, o sobre los que haya adquirido cualquier título, en los 5 años anteriores a la comisión del mismo hasta que se dicte sentencia, incluso no recurrible, se considerarán como beneficio derivado del delito, salvo prueba en contrario del autor o de otra parte interesada.[...]"

Existe legislación similar en otras partes del mundo: por ejemplo, en Brasil,¹⁰⁹ para delitos cuya pena máxima es superior a 6 años (esto incluye el lavado de activos):

Art. 91-A. En caso de condena por delitos a los que la ley asigne una pena máxima superior a 6 (seis) años de reclusión, podrá decretarse la pérdida, en concepto de producto o renta del delito, de los bienes correspondientes a la diferencia entre el valor del patrimonio del condenado y el compatible con sus ingresos lícitos. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

¹⁰⁸ Art. 45 §2 del Código Penal.

¹⁰⁹ Art. 91-A del Código Penal, incluido por la Ley n.º 13.964/2019

§ Párrafo 1º A los efectos del siniestro previsto en la parte superior de este artículo, se entenderá por patrimonio del condenado la totalidad de los bienes: (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

I - de su propiedad, o en relación a los cuales tenga dominio y beneficio directo o indirecto, en la fecha del delito penal o recibidos con posterioridad; y (Incluido por la Ley n.º 13.964 de 2019)

II - transferidos a terceros gratuitamente o a cambio de una contraprestación irrisoria, a partir del inicio de la actividad delictiva. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

§ 2 El condenado podrá demostrar la inexistencia de incompatibilidad o el origen lícito de los bienes. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

§ 3º El decomiso previsto en este artículo deberá ser solicitado expresamente por el Ministerio Público, en el momento del ofrecimiento de la acusación, indicando la diferencia constatada. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

§ 4 En la sentencia condenatoria, el juez hará constar el valor de la diferencia comprobada y especificará los bienes cuyo embargo se decreta. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

§ 5º Los instrumentos utilizados para la comisión de delitos por organizaciones criminales y milicias serán declarados extinguidos a favor de la Unión o del Estado, según el Tribunal en el que proceda la acción penal, aunque no pongan en peligro la seguridad de las personas, la moral o el orden público, ni ofrezcan grave riesgo de ser utilizados para la comisión de nuevos delitos. (Incluido en la Ley 13.964 de 2019)

Mientras que las disposiciones de la UE, Polonia y Brasil indican un "enfoque de umbral" para el alcance del decomiso ampliado, la legislación japonesa limita tales presunciones a una lista de delitos específicos como parte de la política del país contra la delincuencia relacionada con las drogas.¹¹⁰ Esto recuerda a las tendencias relacionadas con los delitos determinantes del lavado de activos (véase el análisis de la página 27).

"Artículo *14*

El producto del delito en relación con los delitos prescritos en el artículo 5 se presume producto del delito de drogas si: el delincuente obtiene el bien durante el período de comercio prescrito en el artículo 5, y el importe del bien es irrazonablemente caro a la luz de las circunstancias del delincuente en el trabajo o la percepción de beneficios legales.

Artículo *5*

La persona que cometa uno o más de los siguientes actos, o ambos actos y los actos prescritos en el artículo 8, en el curso del comercio, será castigada con una pena que combina la cadena perpetua o la prisión por un período no inferior a cinco años con una multa no superior a 10.000.000 de yenes:

¹¹⁰ Ley relativa a las disposiciones especiales de la Ley de control de estupefacientes y psicotrópicos, etc. y otros asuntos para la prevención de actividades que fomentan conductas ilícitas y otras actividades relacionadas con sustancias controladas a través de la cooperación internacional (Ley n.º 94 de 1991)

- 1) *un acto constituye delitos prescritos en los artículos 64, 64-2 (excepto la posesión de diacetilmorfina o una sustancia similar), 65, 66 (excepto la posesión de un estupefaciente distinto de la diacetilmorfina o una sustancia similar), 63 y 64 (excepto la posesión de estupefacientes) de la Ley de Control de Estupefacientes y Psicotrópicos (Ley n.º 14 de 1953),*
- 2) *un acto constitutivo de delito tipificado en los artículos 24 y 24-2 (excepto la posesión de cannabis) de la Ley de Control del Cannabis (Ley n.º 124 de 1948),*
- 3) *un acto constitutivo de delito tipificado en los artículos 51 y 52 (excepto la posesión de opio) de la Ley del Opio (Ley n.º 71 de 1954), o*
- 4) *un acto constitutivo de delito tipificado en los artículos 41 y 41-2 (excepto la posesión de estimulantes) de la Ley de control de estimulantes (Ley n.º 252 de 1951)*

Artículo 8

- (1) *Una persona, con la intención de importar o exportar sustancias controladas a o desde Japón, la importación o exportación de drogas u otros bienes a o desde Japón que la persona obtuvo o recibió como sustancia controlada está sujeta a una pena de prisión por un período no superior a tres años o una multa no superior a 500.000 yenes.*
- (2) *Una persona que, con la intención de transferir, recibir o poseer sustancias controladas, transfiera o reciba droga u otros bienes como sustancia controlada, o posea droga u otros bienes que la persona haya obtenido o recibido como sustancia controlada, será castigada con una pena de prisión no superior a dos años o con una multa no superior a 300.000 yenes".*

Curiosamente, varios países han informado que el decomiso ampliado se utiliza actualmente menos que otras formas de decomiso (como el decomiso sin condena, cuando existe), debido a varias razones, entre ellas el hecho de que se limita a determinadas formas de delincuencia; cuestiones de procedimiento y mandatos de las instituciones implicadas; su ámbito temporal de aplicación en torno al momento de la comisión del delito; y la relativa novedad del mecanismo.¹¹¹ A pesar de ello, las partes interesadas coinciden en que su eficacia y eficiencia justifican la sensibilización de los actores pertinentes de la justicia penal (como los fiscales) y la promoción de su uso.¹¹²

Compatibilidad con los derechos fundamentales

En algunas jurisdicciones (como Brasil, por ejemplo), el decomiso ampliado es una introducción reciente y la constitucionalidad de este mecanismo aún no ha sido cuestionada. Sin embargo, se pueden extraer algunas lecciones de la experiencia de los países europeos. De hecho, debido al poder legislativo de las instituciones supranacionales, la región presenta un entorno jurídico único en el que

¹¹¹ Como en Finlandia, Hungría, Croacia, Malta, Portugal, Rumanía y Eslovenia, véase Milieu Consulting, supra n. **Error! Bookmark not defined.**, 101.

¹¹² Ídem, 131-132.

se ha producido una armonización entre países que pertenecen tanto a la tradición del derecho anglosajón como a la del derecho civil, como se hizo en el ámbito del decomiso ampliado.

En el caso "Phillips contra el Reino Unido",¹¹³ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estudió si el mecanismo británico de decomiso ampliado implicaba violaciones de la presunción de inocencia del acusado, de sus derechos a un juicio justo y a no autoincriminarse y de su derecho al goce pacífico de sus bienes.

El Tribunal aclaró que la presunción de inocencia dejaba de aplicarse una vez que el acusado era condenado por un delito relevante. En este caso, la presunción fue utilizada por el órgano jurisdiccional nacional para evaluar el importe adecuado de la orden de decomiso tras una condena y no se utilizó para evaluar la culpabilidad.

El Tribunal también rechazó las alegaciones del demandante de violación de su derecho a un juicio justo y del derecho a no autoincriminarse, ya que se le exigió que explicara la legitimidad de sus bienes. El Tribunal consideró que la aplicación de presunciones en el procedimiento ofrecía garantías suficientes para un juicio justo, ya que el demandante tuvo la oportunidad de demostrar una adquisición lícita alternativa de los bienes.

En cuanto a la queja relativa a la violación del derecho al goce pacífico de los bienes garantizado por el artículo 1 del Protocolo n.º 1, el Tribunal reconoció que la ley que preveía tales procedimientos tenía por objeto disuadir a las personas de participar en el tráfico de drogas y privarlas de los beneficios obtenidos de tales actividades. El Tribunal consideró que la cantidad objeto del decomiso era proporcionada, ya que correspondía al valor de los beneficios obtenidos por el demandante del tráfico de drogas en los seis años anteriores y era recuperable de los activos disponibles del demandante. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que la intervención en el derecho de propiedad del demandante fue proporcionada y no hubo violación.

Este razonamiento se siguió en varias revisiones constitucionales a nivel nacional en la región, como en Chipre¹¹⁴ y Finlandia,¹¹⁵ entre otros. El Parlamento de este último país, por ejemplo, consideró que la presunción en la que se basaba el decomiso ampliado era compatible con la Constitución finlandesa, ya que:

- 1) no se dirige a la cuestión de la culpabilidad;
- 2) el fiscal debe probar que el acusado recibió fondos durante el período de comisión del delito y la presunción de origen ilícito de los bienes en cuestión debe basarse en criterios objetivos; y
- 3) una vez establecida esta presunción, no se imponen expectativas irrazonables al demandado, que debe probar el origen lícito del bien en cuestión.

Es importante destacar –y lógico, a la luz de las consideraciones anteriores– que cuando una persona ha sido parcialmente condenada, el decomiso ampliado no permite el decomiso de bienes alegando que son producto de hechos por los que la persona ha sido absuelta. En el caso "Geerings contra los

¹¹³ TEDH, *Phillips contra el Reino Unido*, sentencia 41087/98, 5 de julio de 2001.

¹¹⁴ *Tekinder Pal contra la República*, Recurso penal n. 4/2010.

¹¹⁵ Declaración de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento, 13/2021.

Países Bajos",¹¹⁶ aunque Geerings había sido condenado por varios delitos, la orden de decomiso de sus bienes (basada en una disposición del Código Penal neerlandés sobre decomiso ampliado)¹¹⁷ se consideró incompatible con la presunción de inocencia. La razón era que la orden cubría una cantidad igual a la suma estimada de los beneficios de todos los cargos individuales, incluidos los hechos por los que había sido absuelto y los bienes que la fiscalía no había probado que poseyera. Esta última parte se consideró incompatible con la presunción de inocencia:

46. En primer lugar, el Tribunal de Apelación consideró que el demandante había obtenido un beneficio ilícito de los delitos en cuestión, aunque en el presente caso nunca se demostró que estuviera en posesión de ningún activo de cuya procedencia no pudiera dar una explicación adecuada. El Tribunal de Apelación llegó a esta conclusión aceptando una extrapolación conjetural basada en una mezcla de hechos y estimaciones contenida en un informe policial.

47. El Tribunal de Justicia considera que el "decomiso" a raíz de una condena -o, para utilizar la misma expresión que en el Código Penal neerlandés, la "privación de una ventaja obtenida ilegalmente"- es una medida (maatregel) inadecuada para los bienes que no consta que estuvieran en posesión de la persona afectada, tanto más si la medida de que se trata se refiere a un acto delictivo del que la persona afectada no ha sido efectivamente declarada culpable. Si no se determina más allá de toda duda razonable que la persona afectada ha cometido realmente el delito, y si no puede establecerse como hecho que se ha obtenido realmente alguna ventaja, ilegal o de otro tipo, tal medida sólo puede basarse en una presunción de culpabilidad. Esto difícilmente puede considerarse compatible con el artículo 6 § 2 (compárese, mutatis mutandis, Salabiaku c. Francia, sentencia de 7 de octubre de 1988, Serie A n.º 141-A, págs. 15-16, § 28).

48. En segundo lugar, a diferencia de los casos Phillips y Van Offeren, el auto impugnado se refería a los mismos delitos de los que el demandante había sido absuelto de hecho.

49. En la sentencia Asan Rushiti (citada anteriormente, § 31), el Tribunal subrayó que el artículo 6 § 2 consagra una norma general según la cual, tras una absolución definitiva, incluso la manifestación de sospechas sobre la inocencia de un acusado ya no es admisible.

50. Sin embargo, la conclusión del Tribunal de Apelación va más allá de la mera manifestación de sospechas. Equivale a una determinación de la culpabilidad del demandante sin que éste haya sido "declarado culpable conforme a Derecho" (compárese Baars c. los Países Bajos, n.º 44320/98, § 31, 28 de octubre de 2003).

¹¹⁶ TEDH, *Geerings contra los Países Bajos*, Sentencia 30801/03, sentencia de 1 de junio de 2007.

¹¹⁷ Artículo 36e del Código Penal neerlandés.

6.6.3. Decomiso general

Consideraciones generales

Al igual que los modelos anteriores, el decomiso general sigue basándose en una condena, pero es una pena desvinculada del origen lícito o ilícito de los bienes del acusado. En Derecho francés, el artículo 131-21 al.6 del Código Penal prevé que, en caso de condena, el tribunal puede ordenar el decomiso de todos o parte de los bienes del condenado, ya sean de origen legal o ilegal. Esta forma de decomiso sólo se aplica a las condenas por los delitos más graves, a saber, la producción y el tráfico de drogas (art. 222-49 C.P.); delitos de lesa humanidad (art. 213-1 C.P.) y "delitos contra la especie humana" (art. 215-1 y 215-3 C.P.); trata de personas y proxenetismo (art. 225-2555 C.P.); terrorismo (art. 422-6 C.P.); asociación ilícita (art. 450-5 C.P.) y, curiosamente para los fines de esta publicación, no justificación de recursos (art. 321-6 C.P.)

Esta medida es facultativa y el juez puede decidir el alcance del decomiso, que no tiene por qué abarcar necesariamente todos los bienes del condenado. Tiene la innegable ventaja de que, cuando el condenado se ha beneficiado de los delitos que ha cometido, no es necesario probar que dichos bienes procedían del delito. Incluso va más allá, ya que ni siquiera es necesario probar que el delito ha producido ingresos o estimar la cuantía de los ingresos delictivos para decomisarlos. El condenado ni siquiera puede alegar que los bienes son de origen lícito para oponerse al decomiso.

Otras leyes de decomiso general se encuentran en Armenia, Kazajstán, Kirguistán, Letonia y Ucrania.¹¹⁸ Es interesante señalar que, en estas jurisdicciones, este tipo de decomiso suele considerarse una sanción (véase el análisis del apartado 6.9). En esas jurisdicciones, este tipo de decomiso también suele limitarse a los delitos graves que generan beneficios.¹¹⁹ La ley también puede prever excepciones en las que, en cualquier caso, no puedan decomisarse determinados bienes o sumas de dinero.¹²⁰

Compatibilidad con los derechos fundamentales

Este procedimiento fue impugnado en el caso "Djordjević contra Francia",¹²¹ en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado inadmisibles las impugnaciones por unanimidad. El asunto se refería al decomiso de un inmueble perteneciente al demandante, que había sido condenado por un delito reincidente de asociación ilícita, en aplicación de una pena adicional que permitía decomisar bienes de forma global.

Invocando el artículo 1 del Protocolo n.º 1 (protección de la propiedad),

¹¹⁸ OCDE, *Confiscation of instrumentalities and proceeds of corruption crimes in Eastern Europe and Central Asia* (Decomiso de instrumentos y producto del delito de corrupción en Europa del Este y Asia Central), 2018, 51.

¹¹⁹ Ídem, § 52.

¹²⁰ Por ejemplo, el anexo n.º 1 de la Ley de Procesamiento Penal de Letonia y el anexo n.º 4 de la Ley de Letonia sobre el procedimiento de promulgación y aplicación de la ley penal contienen excepciones que no pueden ser decomisadas, como los anillos de boda, los animales domésticos y el equivalente monetario de un salario mínimo mensual legal.

¹²¹ TEDH, *Djordjević contra Francia*, sentencia 15572/17, 7 de octubre de 2021.

“1. Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional

2. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

el demandante alegó que la medida constituía una injerencia desproporcionada en su derecho a la propiedad, que ésta había sido adquirida legalmente mucho antes de la comisión de los delitos sancionados por el tribunal penal.

El TEDH señaló que el decomiso se basaba en los artículos 450-1 y 450-5 del Código Penal, que proporcionaban una base jurídica accesible y previsible destinada a combatir la delincuencia organizada mediante la imposición de una sanción pecuniaria disuasoria por la participación en una asociación ilícita. El tribunal reconoció que la lucha contra la delincuencia organizada servía al interés público y que el decomiso de bienes de origen delictivo desempeñaba un papel importante en los ordenamientos jurídicos de varios Estados contratantes y a escala internacional. Reconoció que el decomiso no sólo servía como medio para reunir pruebas de una actividad delictiva, sino también como pena independiente por un delito.

Al considerar la proporcionalidad, el TEDH reconoció que el decomiso podía afectar a parte de los bienes de un individuo, incluso si esos bienes no estaban directamente relacionados con el delito o sus productos. En este caso, el tribunal observó que el decomiso impugnado se impuso como sanción por infracciones especialmente graves cometidas como reincidencia. Los tribunales nacionales habían ordenado el decomiso parcial de los bienes inmuebles del demandante, teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por la organización criminal dirigida por el demandante.

Además, el TEDH señaló que el demandante había tenido la oportunidad de presentar su caso adecuadamente ante tres niveles de jurisdicción a través de un juicio contencioso. Estuvo asistido por un abogado y tuvo la oportunidad de presentar todos sus argumentos. Teniendo en cuenta la considerable discrecionalidad del Estado demandado en las políticas de prevención de la delincuencia, el tribunal concluyó que el decomiso impugnado no era desproporcionado en relación con el objetivo de interés público perseguido.

Así pues, el TEDH declaró inadmisibile la solicitud al determinar que el decomiso de los bienes del demandante en virtud de la disposición sobre la pena adicional se basaba en un fundamento jurídico accesible y previsible destinado a luchar contra la delincuencia organizada. El tribunal consideró proporcionado el decomiso, dada la gravedad de los delitos cometidos y los beneficios obtenidos por la organización criminal. El demandante tuvo la oportunidad de presentar su caso suficientemente en un juicio justo ante múltiples niveles de jurisdicción.

6.7. Modelos de decomiso no penales

6.7.1. *Decomiso sin condena: consideraciones generales*

En el decomiso sin condena (DSC, también denominado "decomiso *in rem*"), la atención se centra en la incautación de bienes y no en las personas. Este tipo de decomiso consiste en incoar un procedimiento para embargar bienes que se han obtenido mediante una conducta ilícita. Los bienes se tratan separadamente de sus propietarios, y el decomiso no depende de la condena de una persona concreta. Más bien, el mecanismo se sustenta en la lógica según la cual, si el bien se ha obtenido mediante una actividad delictiva, debe embargarse en favor del Estado, independientemente de la cuestión de la culpabilidad. En consecuencia, el decomiso *in rem* suele producirse en el marco de procedimientos judiciales independientes de los procedimientos penales.

El primer uso moderno del decomiso civil se encuentra en el derecho marítimo de EE. UU., como sanción contra el uso de buques en infracciones aduaneras.¹²² A continuación, el Congreso estadounidense amplió el embargo al dinero generado por el tráfico de drogas¹²³ y, posteriormente, a los bienes inmuebles.¹²⁴

La carga de la prueba recae generalmente en las autoridades públicas, como la policía o la fiscalía, que inician el procedimiento de decomiso.¹²⁵ No obstante, en determinados casos, la carga de la prueba puede trasladarse a la parte interesada (véase el apartado 6.7.7.).

En la mayoría de los casos, el decomiso de bienes sin condena penal no requiere prueba de culpabilidad. El factor crucial es establecer una conexión entre el bien y la conducta delictiva. A menudo basta con demostrar la existencia de un delito o de una actividad delictiva en curso y un vínculo entre el delito y dicha conducta delictiva. La mayoría de las jurisdicciones consideran estos procedimientos como civiles, aunque hay excepciones como Alemania, donde el DSC se considera un procedimiento penal.¹²⁶

En los países que adoptan el modelo de decomiso civil, especialmente los que siguen el derecho anglosajón, el estándar probatorio suele basarse en el equilibrio de probabilidades.¹²⁷ Esta norma también se conoce como "preponderancia de la prueba" en algunos países como Bután.¹²⁸ Aún existen incertidumbres sobre la aplicación uniforme de esta norma en todos los países. Algunos países aclaran que el equilibrio de probabilidades sigue exigiendo una decisión más allá de lo razonable, mientras que otros debaten si podría ser una norma ligeramente más estricta en los casos sin condena en

¹²² Ley de 31 de julio de 1789, Secciones 12, 36; 1 Est. 39, 47

¹²³ 21 U.S.C. Sección 881(a)(6)

¹²⁴ 21 U.S.C. Sección 853.

¹²⁵ O, en algunas jurisdicciones, organismos públicos designados.

¹²⁶ Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena, Viena, 6-10 de septiembre de 2021, CAC/COSP/WG.2/2021/4, §81.

¹²⁷ Australia, Bahamas, Brunei Darussalam, Mauricio, Nueva Zelanda, Reino Unido, Estados Unidos y Singapur; véase Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena, Viena, 6-10 de septiembre de 2021, CAC/COSP/WG.2/2021/4, §81.

¹²⁸ Ídem.

comparación con los casos ordinarios, lo que a veces se conoce como "estándar probatorio civil reforzado".¹²⁹

6.7.2. Extinción de dominio en Colombia

Consideraciones generales

La extinción de dominio es una forma de decomiso sin condena, presente sobre todo en algunas jurisdicciones latinoamericanas.¹³⁰ Se trata de una acción civil, de acción directa sobre los bienes y de naturaleza declarativa por la que se declara viciado –y, por tanto, nulo– el derecho de propiedad del demandado sobre un bien por haber sido adquirido ilícitamente. En Colombia, el mecanismo fue introducido por la Ley 333 de 1996, que luego fue derogada por la Ley 793 de 2002¹³¹ que, principalmente, consagra la plena independencia de esta acción respecto de cualquier proceso penal.¹³² Esta independencia se consolidó aún más con la Ley 1708 de 2014 que, además de codificar todas las normas relativas a la extinción de dominio, prevé la creación de jurisdicciones especializadas con fiscales y jueces especializados en el embargo de bienes.

Este mecanismo permite al fiscal, como custodio del interés público, impugnar ante un juez civil el derecho de propiedad de una persona sobre un bien concreto alegando que no fue adquirido mediante ingresos lícitos. Aunque técnicamente no hay desplazamiento de la carga de la prueba hacia el demandado, la carga de la fiscalía es menor que en los procedimientos penales (en los que deben probarse los elementos del delito más allá de toda duda razonable): en los procedimientos civiles, la carga de la prueba es dinámica (o compartida), lo que significa que el demandado debe asumir un papel activo en la protección de su cuestionado derecho de propiedad y no puede limitarse a hacer afirmaciones infundadas de que sus activos no tienen un origen ilícito, sino que debe aportar pruebas de las actividades lícitas que han generado sus ingresos.¹³³ Si el tribunal está convencido de que los bienes son de origen ilícito, declara la extinción del derecho de propiedad del acusado y ordena la transferencia de los bienes al Estado o a su legítimo propietario (si ha sido identificado).

En Colombia, el carácter declarativo de la extinción de dominio hace que esta acción sea imprescriptible y retroactiva, pues el derecho de propiedad se considera viciado *ab initio*. En consecuencia, puede afectar a bienes adquiridos antes de la promulgación de la ley que introduce la acción, o incluso antes de la adopción de la Constitución del país en 1991.

Compatibilidad con los derechos fundamentales

La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la Ley 333 de 1996, en particular en cuanto a la posible vulneración que podría suponer del derecho de propiedad protegido por los siguientes artículos de la Constitución de 1991:

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Además de Colombia, el mecanismo también está presente en México (Ley Nacional De Extinción De Dominio, 9 de agosto de 2019, Última Reforma DOF 22-01-2020) y Perú (Decreto Legislativo N° 1373 sobre extinción de dominio, 4 de agosto de 2018), entre otros.

¹³¹ Boletín Oficial 45046, 2002.

¹³² Artículo 4 de la Ley 793 de 2002.

¹³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-740, 2003.

"Artículo 34

Están prohibidas las penas de exilio, cadena perpetua y decomiso.

Sin embargo, una sentencia judicial puede anular la propiedad de un bien cuando sea perjudicial para el erario público o gravemente nocivo para la moral social".

"Artículo 58

La propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a las leyes civiles están garantizados y no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando en la aplicación de una ley dictada por razones de utilidad pública o interés social surja un conflicto entre los derechos de los particulares y los intereses reconocidos por la ley, el interés privado cederá ante el interés público o social.

El bien tiene una dimensión social que implica obligaciones. Como tal, lleva inherente una dimensión ecológica. [...]"

El tribunal destacó que "uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo. *La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el trabajo*".¹³⁴ Por lo tanto:

"El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad".¹³⁵

El tribunal consideró entonces que, si bien debe presumirse que la apariencia de propiedad corresponde a la realidad mientras no haya una sentencia firme sobre el derecho, esta apariencia desaparece en cuanto el juez civil tiene la certeza de que los bienes fueron adquiridos ilícitamente. En este sentido, el juez no ordena la extinción de dominio tanto como constatar que ese derecho no podía ser reconocido en primer lugar:

"En realidad, la "pérdida" de la que habla el artículo acusado no es tal en estricto sentido, por cuanto el derecho en cuestión no se hallaba jurídicamente protegido, sino que corresponde a la exteriorización a posteriori de que ello era así, por lo cual se extingue o desaparece la apariencia de propiedad existente hasta el momento de ser desvirtuada por la sentencia. Es claro que, mientras tal providencia no esté en firme, ha de presumirse que dicha apariencia corresponde a la realidad, pues suponer lo contrario implicaría desconocer las presunciones de inocencia y buena fe plasmadas en la Constitución, pero ya ejecutoriado el fallo, acaba esa apariencia, entendiéndose que sustancialmente, y a pesar de haber

¹³⁴ Sentencia C-374 de 1997.

¹³⁵ Ídem.

estado ella formalmente reconocida, jamás se consolidó el derecho de propiedad en cabeza de quien decía ser su titular".¹³⁶

A pesar de que la acción la inicia un fiscal, la naturaleza no penal de la medida también fue confirmada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Obsérvese lo siguiente:

"El proceso de extinción del dominio no tiene el mismo objeto del proceso penal, ni corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el Estado desestime las actividades ilícitas y las contrarias al patrimonio estatal y a la moral pública, exteriorizando, mediante sentencia judicial, que quien pasaba por titular del derecho de dominio no lo era, por el origen viciado del mismo, en cuanto no podía alegar protección constitucional alguna. Así las cosas, siendo la acción de carácter eminentemente real, bien podía el legislador confiar su trámite a una jurisdicción especial, a la rama civil de la jurisdicción ordinaria, o, como lo hizo, a los funcionarios enunciados en el inciso 1 del artículo 14, materia de examen. Carece de sentido, entonces, la pretendida imposición de que necesariamente tuviera el legislador que atar el trámite judicial correspondiente al proceso penal por enriquecimiento ilícito".¹³⁷

6.7.3. Decomiso civil en Georgia

Consideraciones generales

Otro ejemplo de decomiso civil se encuentra en la ley de Georgia. Georgia estableció dos procedimientos para el embargo de bienes: "decomiso penal" y "decomiso administrativo". El decomiso penal es una medida general que consiste en privar a los individuos de los objetos, instrumentos y productos derivados de delitos penales. Se impone como parte del proceso de sentencia tras una condena firme que establece la culpabilidad de la persona. Por otra parte, el procedimiento de decomiso administrativo, regulado por el artículo 37 § 1 del Código de Procedimiento Penal (CPP) y los artículos 21 §§ 4 a 11 del Código de Procedimiento Administrativo (CPA), tiene por objeto específicamente recuperar los bienes adquiridos ilegalmente y el patrimonio no justificado de los funcionarios públicos, sus familiares, parientes cercanos y "personas vinculadas", incluso sin una condena penal previa del funcionario en cuestión.

Para que se inicie el decomiso administrativo, es necesario que un funcionario haya sido acusado de delitos cometidos durante su mandato que atenten contra los intereses del servicio público, la empresa u organización en cuestión, o uno de los siguientes delitos: lavado de activos, extorsión, apropiación indebida, malversación, evasión fiscal o violación de la normativa aduanera. Este requisito se aplica independientemente de que el funcionario siga o no en el cargo.

Por lo tanto, si un funcionario público es acusado de cualquiera de los delitos mencionados, y el fiscal investigador tiene una sospecha razonable de que los bienes pertenecientes al funcionario, sus familiares, personas cercanas o "personas vinculadas" podrían haber sido adquiridos ilegalmente, el

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Sentencia C-409 de 1997.

fiscal puede presentar una "acción civil" (სარჩელო) ante el tribunal en virtud del artículo 37 § 1 CPP. Esta acción pretende el decomiso de los bienes "mal habidos" y del patrimonio no justificado.

Una vez que el fiscal presenta una demanda civil de decomiso, apoyada por pruebas documentales suficientes, la carga de la prueba se traslada al demandado. Si el demandado no refuta la alegación del fiscal presentando documentos que prueben la adquisición lícita de los bienes (o los recursos financieros para su compra) o el pago correcto de los impuestos sobre los bienes, el tribunal, tras asegurarse de la fundamentación de la alegación del fiscal, ordena el decomiso de los bienes en cuestión, tal como se establece en el artículo 21 § 6 del CPA.

Según el artículo 21 § 8 del CPA, la finalidad del decomiso administrativo es restablecer la situación que existía antes de que el funcionario público adquiriera el bien impugnado por medios ilícitos. En concreto, los bienes decomisados en estos procedimientos administrativos deben devolverse a su(s) legítimo(s) propietario(s), que puede ser un particular o una persona jurídica, una vez satisfechas las reclamaciones legales de todos los demás terceros. Si no se puede determinar el propietario legítimo durante el procedimiento de decomiso, la propiedad se embargará a favor del Estado, de conformidad con el artículo 21 § 8 (1) de la CPA. El decomiso del valor también era posible en virtud del artículo 21 § 8 (3) del CPA, que establece que, si los bienes sujetos a decomiso no pueden transferirse al Estado en su forma original, se exigirá al demandado el pago de una compensación monetaria equivalente al valor de los bienes.

Este procedimiento no exige que se demuestre "más allá de toda duda razonable" el origen ilícito de los bienes. En cambio, basta con la prueba de un equilibrio de probabilidades o una alta probabilidad de origen ilícito, combinada con la incapacidad del propietario para demostrar lo contrario.

Compatibilidad con los derechos fundamentales

En el caso del **TEDH Gogitidze y otros contra Georgia**, 36862/05, Sentencia de 12 de mayo de 2015, los demandantes alegaron que Georgia, mediante el uso del procedimiento mencionado anteriormente, había violado su derecho a la propiedad y su derecho a un juicio justo, protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos. El Tribunal consideró que no había habido violación y que el mecanismo era compatible con los derechos mencionados.

Uno de los demandantes, ex viceministro del Interior y presidente de la Oficina de Auditoría de la República Autónoma de Ayaria, fue acusado de abuso de autoridad y extorsión, entre otros delitos. Al día siguiente, el fiscal también presentó una demanda ante la Corte Suprema de Ayaria para el decomiso civil de varios de los bienes de los demandantes. Según las pruebas presentadas por el fiscal, los bienes de los cuatro demandantes incluían varias viviendas y vehículos y estaban valorados en 450.000 euros, mientras que el primer demandante había ganado 7.667 euros en los dos puestos que había ocupado. Del mismo modo, los demás solicitantes (miembros de su familia) tampoco habían ganado lo suficiente para adquirir legalmente sus bienes. Tras no comparecer varias veces ante el tribunal para justificar el origen de sus bienes, el tribunal ordenó su decomiso alegando que no habían cumplido con la carga de la prueba que pesaba sobre ellos. Tras múltiples recursos de los demandantes, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional de Georgia confirmaron la decisión.

El 26 de agosto de 2004, la Fiscalía de la República Autónoma de Ayaria (RAA) inició un procedimiento ante la Corte Suprema de Ayaria, solicitando el decomiso de los bienes adquiridos ilícita e inexplicablemente a los demandantes. Esta acción se basaba en el artículo 37 § 1 (1) del Código de Procedimiento Penal (CPP) y en el artículo 21 §§ 5 y 6 del Código de Procedimiento Administrativo (CPA). Las disposiciones legislativas pertinentes se adoptaron el 13 de febrero de 2004.

El fiscal alegó que había motivos razonables para creer que los salarios percibidos por el primer demandante, que fue viceministro del Interior de 1994 a 1997 y presidente del Tribunal de Cuentas de noviembre de 1997 a mayo de 2004, eran insuficientes para financiar la adquisición del inmueble. La propiedad en cuestión había sido adquirida durante el mismo período por el primer demandante, sus hijos y su hermano.

A nivel nacional, el caso fue revisado por el Tribunal Constitucional de Georgia. En su recurso de inconstitucionalidad, el primer demandante reiteró en gran medida los argumentos que había presentado anteriormente ante la Corte Suprema de Georgia. Sostuvo que el decomiso de sus bienes y los de los miembros de su familia constituía una forma de castigo sin una condena firme que estableciera su culpabilidad. Alegó que no se le debería haber exigido que probara su inocencia o la licitud de la propiedad en litigio. El primer demandante también alegó que el decomiso violaba su derecho a la presunción de inocencia de los cargos de corrupción. Afirmó además que él y su familia habían adquirido la propiedad en cuestión antes de la promulgación de las enmiendas el 13 de febrero de 2004, por lo que la aplicación retroactiva de dichas disposiciones a su caso era inconstitucional. Sostuvo que el procedimiento de decomiso en virtud de las disposiciones impugnadas del Código de Procedimiento Penal (CPP) y del Código de Procedimiento Administrativo (CPA) era arbitrario y violaba la protección constitucional de su propiedad privada.

En su sentencia de 13 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional desestimó por infundada la demanda del primer demandante basándose en el siguiente razonamiento. En primer lugar, el tribunal declaró que, de forma similar al artículo 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, la protección del derecho a la propiedad en la Constitución de Georgia (artículo 21 de la Constitución) no impedía la privación de la propiedad si era legal, perseguía un interés público y superaba la prueba de proporcionalidad. El tribunal hizo hincapié en que sólo los bienes obtenidos legalmente gozan de plena protección constitucional, y en el caso del primer demandante, existía una sospecha legítima sobre el origen lícito de los bienes que él y sus familiares no pudieron refutar durante los procedimientos judiciales pertinentes.

El Tribunal Constitucional aclaró además que los procedimientos administrativos de decomiso previstos en el CPP y el CPA no podían equipararse a los procedimientos penales porque no implicaban la determinación de una acusación penal. En cambio, estos procedimientos se consideran un litigio civil entre el Estado, representado por el fiscal, y los particulares. Dada la naturaleza civil del procedimiento, era aceptable trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, la segunda demandante. El Tribunal Constitucional se refirió a la investigación jurídica comparada y a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relevantes para apoyar la noción de que los mecanismos civiles que implican embargo de bienes obtenidos ilícitamente o no justificados no eran infrecuentes en las democracias occidentales, incluidas Italia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

En cuanto a la supuesta retroactividad de la enmienda introducida el 13 de febrero de 2004 y su repercusión en la presunción de inocencia del segundo demandante, el Tribunal Constitucional dictaminó que, al tratarse de un procedimiento civil y no penal, no eran de aplicación las garantías penales mencionadas. El tribunal también concluyó que la enmienda no introducía ningún concepto nuevo, sino que regulaba medidas ya existentes destinadas a prevenir y erradicar la corrupción en la función pública de forma más eficaz. El Tribunal Constitucional se refirió a la Ley de 1997 sobre Conflicto de Intereses y Corrupción en la Función Pública, que obligaba a los funcionarios públicos a declarar sus bienes y los de sus familiares y allegados, así como a demostrar que los bienes declarados habían sido adquiridos legalmente.

La **decisión del TEDH** hizo hincapié en el "amplio margen de apreciación" de los Estados a la hora de evaluar la proporcionalidad entre, por un lado, la injerencia en el derecho de propiedad que suponen los procedimientos de decomiso y, por otro, su objetivo de interés público de evitar el enriquecimiento injusto por corrupción. Tomó nota de la magnitud del fenómeno de la corrupción en Georgia, según las evaluaciones internacionales, y destacó que la introducción del decomiso civil en la legislación georgiana la había ajustado más a las normas internacionales de lucha contra la corrupción.

El Tribunal señaló que

"en lo que respecta a los bienes que se presume que han sido adquiridos total o parcialmente con el producto de delitos de tráfico de drogas u otras actividades ilícitas de organizaciones mafiosas o delictivas, el Tribunal no vio ningún problema en considerar que las medidas de decomiso son proporcionadas, incluso en ausencia de una condena que establezca la culpabilidad de los acusados".¹³⁸

[El Tribunal también consideró que era] *legítimo que las autoridades nacionales competentes dictaran órdenes de decomiso basándose en una preponderancia de pruebas que sugerían que los ingresos legítimos de los demandados no podían haberles bastado para adquirir los bienes en cuestión. En efecto, siempre que una orden de decomiso era el resultado de un procedimiento civil en materia penal relativo a los productos del delito derivados de infracciones graves, el Tribunal no exigía la prueba "más allá de toda duda razonable" del origen ilícito de los bienes en dicho procedimiento. En cambio, la prueba de un equilibrio de probabilidades o una alta probabilidad de origen ilícito, combinada con la incapacidad del propietario para demostrar lo contrario, se consideró suficiente a efectos de la prueba de proporcionalidad con arreglo al artículo 1 del Protocolo n.º 1.*

Además, el Convenio otorgaba a las autoridades nacionales un margen de maniobra para aplicar medidas de decomiso no sólo a las personas acusadas directamente de delitos, sino también a sus familiares y otros parientes cercanos que se presumía poseían y administraban los bienes mal habidos de manera informal en nombre de los presuntos delincuentes, o que de otro modo carecían de la necesaria condición de buena fe".¹³⁹

¹³⁸ TEDH, *Gogitidze y otros c. Georgia*, n. 36862/05, sentencia de 12 de mayo de 2015, 107.

¹³⁹ Ídem.

El Tribunal también consideró que la orden de decomiso no era arbitraria porque no se había ordenado basándose en una mera sospecha no fundamentada del fiscal, ya que la investigación había documentado y establecido hechos que confirmaban la existencia de una discrepancia considerable entre sus ingresos y su patrimonio, lo que se convirtió en la base para el decomiso. Es más:

"era razonable esperar que los tres demandantes -uno de los cuales había sido acusado directamente de corrupción en un proceso penal separado, mientras que los otros dos se presumía, como miembros de la familia del acusado, que se habían beneficiado indebidamente del producto de su delito-cumplieran con su parte de la carga de la prueba refutando las sospechas fundadas del fiscal sobre el origen ilícito de sus bienes. Además, esos procedimientos civiles de decomiso formaban claramente parte de una política dirigida a la prevención y erradicación de la corrupción en la función pública, y el Tribunal reitera que, al aplicar tales políticas, debe concederse a los Estados demandados un amplio margen de apreciación en cuanto a lo que constituye el medio adecuado para aplicar medidas de control de la utilización de bienes tales como el decomiso de todo tipo de productos del delito".¹⁴⁰

De manera crucial, el Tribunal hizo la siguiente observación:

*"Teniendo en cuenta mecanismos jurídicos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2005, las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y los dos Convenios pertinentes del Consejo de Europa de 1990 y 2005 relativos al decomiso de los productos del delito (STE núm. 141 y STE núm. 198) (véanse los apartados 55 a 65 supra), **el Tribunal de Justicia observa que puede decirse que existen normas jurídicas comunes europeas, e incluso universales, que favorecen, en primer lugar, el decomiso de bienes vinculados a delitos graves, como la corrupción, el lavado de activos, los delitos relacionados con la droga, etc., sin la existencia previa de una condena penal**".¹⁴¹*

6.7.4. Decomiso sin condena en Irlanda

Consideraciones generales

El sistema irlandés de decomiso civil es similar en principio, aunque presenta algunas peculiaridades interesantes. La Ley sobre el Producto del Delito (POCA, por sus siglas en inglés)¹⁴² se aplica a los bienes "especificados" cuyo valor no sea inferior a 5.000 euros y que directa o indirectamente constituyan producto del delito, es decir, que operen in rem. Las cuestiones relativas a las pruebas se determinan mediante la prueba civil, y no la penal, es decir, "según el equilibrio de probabilidades".

En la primera fase del procedimiento, el Tribunal Superior puede dictar una orden provisional, ex parte, de congelamiento preventivo de bienes a petición de un miembro de la Garda Síochána con rango no inferior al de Superintendente jefe, una vez que tenga la certeza de que dichos bienes constituyen directa o indirectamente el producto de un delito (artículo 2).

En la segunda fase del procedimiento, el tribunal podrá conceder una orden interlocutoria sobre dichos bienes, previa solicitud notificada en un plazo de 21 días, si el tribunal considera que dichos bienes

¹⁴⁰ Ibid., 108.

¹⁴¹ TEDH, *Gogitidze y otros c. Georgia*, n. 36862/05, sentencia de 12 de mayo de 2015, 105.

¹⁴² Ley de 1996 sobre el producto del delito.

constituyen, directa o indirectamente, producto del delito, a menos que el demandado (o cualquier otra persona) demuestre a satisfacción del tribunal que los bienes en cuestión no constituyen, directa o indirectamente, producto del delito (artículo 3).

Además, cualquier persona, incluida una víctima, que alegue tener derecho a los bienes puede solicitar al tribunal que anule esta orden (artículo 3(3)) y el tribunal puede modificar una orden del artículo 2 o 3 con el fin de liberar fondos para gastos legales, empresariales y de subsistencia esenciales (artículo 6).

Durante estos procedimientos, la "creencia" de un miembro de An Garda Síochána que no tenga un rango inferior al de Superintendente jefe constituirá una "prueba" (artículo 8). Asimismo, durante el procedimiento, el tribunal puede ordenar al demandado que facilite datos sobre sus ingresos en los 6 años anteriores y que describa sus bienes (artículo 9).

Es importante señalar que cualquier declaración o declaración jurada presentada en cumplimiento de dichas órdenes son, por ley, inadmisibles en cualquier juicio penal posterior (artículo 9). Sin embargo, no existe una prohibición absoluta de admitir como prueba ante un tribunal una declaración de pruebas o una declaración jurada presentada por un demandado en el curso de una solicitud en virtud del artículo 4. No obstante, el tribunal civil puede dictar tales órdenes.

Cuando esté en vigor una orden provisional o interlocutoria, la Ley prevé el nombramiento de un Administrador Judicial para que administre los bienes o, como es más habitual, los venda y deposite el producto en una cuenta bancaria que devengue intereses a la espera de una nueva orden del tribunal (artículo 7). Transcurridos 7 años, el tribunal está facultado para dictar una orden de enajenación por la que se transfieren todos esos bienes en beneficio del Tesoro Público (artículo 4).

El tribunal también está facultado para dictar una orden que indemnice a cualquier demandado en caso de que se demuestre que una orden dictada en virtud de esta Ley ha actuado injustamente contra dicho demandado (artículo 16). Se puede argumentar que esta disposición obvia la necesidad de que el demandante se comprometa a indemnizar por daños y perjuicios, como se exigiría normalmente en el caso de una solicitud de medidas cautelares.

Si bien la "creencia" de un miembro de An Garda Síochána se considera una prueba en virtud de la POCA, no desencadena ninguna presunción de que los bienes en cuestión constituyan el producto del delito. Sin embargo, puede utilizarse, junto con otras pruebas, para construir un caso *prima facie* que argumente que los bienes son de origen ilícito. En el caso "F. McK contra G.W.D.", el juez McCracken esbozó el siguiente proceso para guiar la consideración de las pruebas de creencia:

1. *"En primer lugar, debe considerar la situación en virtud del artículo 8. Debe tomar en cuenta las pruebas aportadas por el miembro o el funcionario autorizado con respecto a su sospecha y, al mismo tiempo, considerar cualquier otra prueba, como la de los dos agentes de policía en el presente caso, que pueda justificar razonablemente dicha sospecha.*
2. *Si estima que la sospecha está razonablemente justificada, debe admitir explícitamente dicha sospecha del miembro o funcionario autorizado como prueba.*
3. *Solo entonces debe pasar a examinar la situación de conformidad con el artículo 3. Debe examinar las pruebas presentadas por el demandante, que en el presente caso serían tanto las pruebas del*

miembro o agente autorizado en virtud del artículo 8 como las pruebas de los otros agentes de policía.

4. *Deberá determinar si estas pruebas constituyen un caso prima facie en virtud del artículo 3 y, si así lo determina, la responsabilidad de la prueba se traslada al demandado o a otra persona determinada.*
5. *A continuación, debe examinar las pruebas proporcionadas por el demandado u otra persona y determinar si está convencido de que se ha correspondido a la carga de la prueba asumida por el demandado o por la otra persona.*
6. *Si está convencido de que el demandado u otra persona determinada ha cumplido con la carga de la prueba, el procedimiento debe desestimarse.*
7. *Si no está convencido, debe considerar si existe un riesgo grave de injusticia. Si los pasos se siguieran en ese orden, debería haber poco riesgo del tipo de confusión que surgió en el presente caso".¹⁴³*

En consecuencia, a falta de justificación por parte del demandado sobre la procedencia de los activos, el tribunal puede basarse en la creencia del jefe para ordenar el decomiso. Sin embargo, sin otras pruebas que lo corroboren, puede no ser suficiente, ya que son "susceptibles de ser impugnadas" y no "concluyentes".¹⁴⁴

Compatibilidad con los derechos fundamentales

La jurisprudencia clave sobre los recursos de inconstitucionalidad contra la POCA son los casos "Gilligan contra la Oficina de Activos Criminales",¹⁴⁵ "Murphy contra GM PB PC Ltd."¹⁴⁶ y la audiencia conjunta de las apelaciones de estos dos casos por parte de la Corte Suprema en "Murphy c. M(G)".¹⁴⁷

Mientras que el demandante alegó que el procedimiento antes mencionado era un procedimiento penal disfrazado de civil, con el objetivo de eludir las garantías del procedimiento penal convencional, la Corte consideró que el procedimiento era de naturaleza civil y no penal porque

"No se prevé el arresto o la detención de ninguna persona, la admisión de fianzas, el encarcelamiento de una persona por falta de pago de una pena, una forma de proceso penal iniciada por citación o acusación, el registro de una condena en cualquier forma o la introducción de un nolle prosequi en cualquier etapa".¹⁴⁸

En cuanto al argumento de que la POCA implicaba una inversión arbitraria de la carga de la prueba, el tribunal de "Gilligan" señaló que la inversión sólo se producía después de que la Oficina de Activos Criminales hubiera presentado un caso *prima facie*. Además,

¹⁴³ McK v GWD [2004] 2 I.R. 470, 70.

¹⁴⁴ Gilligan contra la Oficina de Activos Criminales [1997] IEHC 106, 160.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Murphy c. GM PB PC Ltd [1999] IEHC 5.

¹⁴⁷ Murphy contra M(G), [2001] IESC82.

¹⁴⁸ Murphy contra M(G), [2001], IESC82, 107.

"Una vez que se acepta que los procedimientos son de hecho civiles, no hay ninguna imperfección constitucional en un procedimiento por el que se impone a la persona que solicita la propiedad la carga de negar la inferencia de las pruebas aportadas de que se ha cometido un delito penal".¹⁴⁹

Las consideraciones del juez del caso "Gilligan" sobre el derecho a no autoincriminarse dieron lugar a la introducción en la legislación posterior de la salvaguardia del artículo 9 de la POCA mencionada anteriormente.

En cuanto a la vulneración del derecho de propiedad que podría suponer la POCA, el tribunal consideró que, si bien las consecuencias del procedimiento pueden ser onerosas, están "directamente relacionadas con la comprobación, a satisfacción del tribunal, de que los bienes en cuestión son, de hecho, directa o indirectamente, producto del delito".¹⁵⁰ Además, el Estado tiene un "interés legítimo" en el decomiso del producto del delito,¹⁵¹ y el "derecho a la propiedad privada no puede ocupar un lugar tan elevado en la jerarquía de los derechos que proteja la posición de los bienes adquiridos o poseídos ilegalmente".¹⁵²

Por último, en lo que respecta al principio de irretroactividad de la sanción penal, el juez consideró que no se había vulnerado, ya que la adquisición de bienes procedentes de un delito no era una actividad ilegal antes de la aprobación de la POCA y no se convirtió en una actividad ilegal a causa de la POCA.¹⁵³

6.7.5. Decomiso preventivo en Italia

Consideraciones generales

El ordenamiento jurídico italiano también incluye una forma de decomiso preventivo, basado en una presunción refutable. El decomiso preventivo se introdujo en el ordenamiento jurídico italiano en 1982, al mismo tiempo que el delito de "asociación mafiosa", y ha sido durante mucho tiempo una de las principales herramientas del país para luchar contra el fenómeno de la mafia. De hecho, este procedimiento conduce al decomiso en el 90% de las ocasiones, frente a menos del 50% en otros tipos de decomiso (penal, ampliado, DSC en el marco de un procedimiento penal, etc.).¹⁵⁴

Las autoridades pueden solicitar el embargo preventivo de los bienes de una persona que, basándose en elementos de hecho, participe habitualmente en la comisión de delitos, viva habitualmente del producto del delito o cometa delitos que pongan en peligro la integridad física o moral, la salud o la seguridad pública. El tribunal puede ordenar el embargo de los bienes que la persona controle, directa o indirectamente, cuando el valor de estos bienes sea desproporcionado en relación con sus ingresos o su actividad económica, o si, sobre la base de pruebas suficientes, existen razones para creer que son el resultado de una actividad ilegal o de lavado de activos. El acusado tiene la posibilidad de demostrar

¹⁴⁹ Gilligan contra la Oficina de Activos Criminales [1997] IEHC 106, 106.

¹⁵⁰ Ibid., 133.

¹⁵¹ Ibid., 134.

¹⁵² Ibid., 136.

¹⁵³ Ibid., [140].

¹⁵⁴ Milieu Consulting, supra n.**Error! Bookmark not defined.**,107.

el origen legítimo de esos bienes y, si no lo hace en el plazo de un año desde el embargo, el tribunal ordenará su decomiso.

Este mecanismo forma parte de las "medidas preventivas" de la legislación italiana, que sólo se aplican a determinadas categorías de personas consideradas peligrosas para la sociedad. Esta evaluación de la peligrosidad es independiente de cualquier forma de condena y el estándar probatorio es inferior al de los procedimientos penales. Se realiza "basándose en elementos de hecho", es decir, a partir de circunstancias ciertas, objetivamente identificables y, por tanto, verificables (pruebas indirectas) y excluyendo elementos carentes de pruebas concretas, como meras sospechas, inferencias y conjeturas.

Existen cuatro categorías de peligrosidad: peligrosidad cualificada (mafia y otros delitos graves), peligrosidad común (personas que viven de actividades delictivas o tienen un estilo de vida delictivo), subversivos (personas implicadas en terrorismo u otras actividades destinadas a subvertir el Estado) e hinchas deportivos violentos.

Es necesario constatar la peligrosidad social efectiva del sujeto, que es la razón intrínseca e indispensable de la medida de prevención, que incluye la predisposición constatada a delinquir, incluso en el caso de una persona contra la que no se ha encontrado prueba de culpabilidad. Se requiere una valoración global de toda la personalidad del sujeto, resultante de todas las manifestaciones sociales de su vida y de la constatación de un comportamiento ilícito y antisocial persistente en el tiempo, tal que requiera una especial vigilancia por parte de los cuerpos de seguridad pública. Para ello, el juicio de peligrosidad "también puede basarse en elementos que justifiquen la sospecha o la presunción", entre los que pueden figurar hechos como los antecedentes penales, la existencia de denuncias recientes por delitos graves, el nivel de vida, la compañía habitual de delincuentes condenados y de personas sometidas a medidas de prevención, y otras manifestaciones objetivamente contrarias a la seguridad pública.

Normalmente, la aplicación de medidas de prevención también requiere que la peligrosidad sea actual, es decir, que los elementos de hecho indiquen que la persona es susceptible de cometer un delito, cuya prevención justifica la aplicación de la medida. Sin embargo, esto no se aplica al decomiso preventivo del artículo 24 del Código Antimafia porque se basa en la peligrosidad de los propios bienes. Se considera que los bienes adquiridos por una persona peligrosa siguen estando "contaminados" hasta que se retiran de la economía mediante decomiso, ya que distorsionan la economía incluso después de que su adquirente haya dejado de ser peligroso. Así pues, el decomiso preventivo puede aplicarse a los bienes siempre que el fiscal pueda demostrar, basándose en elementos de hecho, la peligrosidad del adquirente en el momento de la adquisición. Por ejemplo, permite el decomiso preventivo de los bienes de una persona fallecida si se obtuvieron en una época en la que esa persona tenía vínculos con la mafia.

Además de la peligrosidad del bien, también es necesario que el fiscal demuestre, basándose en elementos de hecho, que:

- la persona, también a través de un tercero, es el propietario o que los bienes están a su disposición a cualquier título;

- que los bienes tengan un valor desproporcionado en relación con los ingresos, declarados a efectos de la imposición directa, o con la actividad económica de la persona propuesta, o que se sospeche que proceden de actividades ilícitas o constituyan la reutilización de los mismos.

El acusado tiene la oportunidad de justificar la procedencia legítima de los bienes embargados. Si no lo hace, el juez puede ordenar su decomiso.

Aunque exigir al demandado que justifique el origen legítimo de los bienes puede parecer una inversión -o un desplazamiento- de la carga de la prueba, puede describirse más exactamente como un aligeramiento de la carga de la prueba. De hecho, el fiscal no parte de la presunción de que los bienes embargados son de procedencia ilícita, sino que aporta pruebas circunstanciales de su origen ilícito. Si la fiscalía no lo consigue y aunque el acusado no aporte ninguna justificación, no se ordenará el decomiso.

El acusado debe indicar los elementos de hecho de los que el Juez pueda deducir que el bien no ha sido adquirido con el producto de una actividad ilícita, o que la adquisición no fue desproporcionada en relación con sus ingresos legales. Por tanto, dar una explicación (por ejemplo, "he recibido una donación de un familiar") sin referencias concretas equivale a una "alegación aparente" y no será justificación suficiente.

En cuanto a la prueba de que "la persona, también a través de un tercero, es propietaria o de que los bienes están a su disposición a cualquier título", el fiscal puede presumir que el acusado es el usufructuario de los bienes propiedad de las personas de su hogar que no son económicamente independientes. En cambio, por lo que se refiere a todas las demás personas físicas o jurídicas, deben obtenerse pruebas específicas del carácter ficticio de la propiedad por parte de terceros.

El objeto de la medida es especialmente amplio, ya que puede incluir bienes muebles, inmuebles, créditos, acciones, sociedades, etc. Debe tratarse de bienes que pertenezcan al imputado, de los que no pueda justificar su procedencia lícita y que, incluso a través de una persona física o jurídica interpuesta, se constate que posee o controla, a cualquier título y cuyo valor sea desproporcionado en relación con sus ingresos o actividad económica o se sospeche que son producto de actividades ilícitas o que fue adquirido a través de dicho producto.

Al tratarse, de hecho, de una medida ante delictum, prescinde de la constatación de un hecho delictivo concreto o de una condena (la ley establece expresamente que este procedimiento es independiente del proceso penal).

En determinadas condiciones, también puede afectar a bienes propiedad de terceros ajenos al delito.

Compatibilidad con los derechos fundamentales

Se ha considerado que este mecanismo proporciona las garantías necesarias a los derechos del acusado tanto a nivel nacional como regional. Según el Tribunal de Casación italiano,¹⁵⁵

¹⁵⁵ Sentencia Cas. pen., Sec., un., 26 de junio de 2014, núm. 4880.

"la carga de la prueba relativa a la desproporción entre activos y bienes y la capacidad de ingresos, así como la procedencia ilícita, a demostrar también sobre la base de presunciones, corresponde a la fiscalía, mientras que la facultad de ofrecer prueba en contrario se reconoce a la parte demandada"; [...]

[para que se ordene el decomiso] "basta con que exista una desproporción entre los bienes y los ingresos declarados por el demandado o indicios que permitan presumir fundadamente que los bienes han sido adquiridos gracias al producto de actividades ilícitas y que el demandado no ha demostrado el origen lícito del dinero utilizado para adquirir dichos bienes. De ahí que, a este respecto, no se produzca una inversión de la carga de la prueba, porque la ley vincula la presunción de la procedencia ilícita de los bienes a elementos de hecho y no a la falta de alegación de su procedencia lícita, cuya demostración es capaz de desvirtuar dicha presunción".

En el caso "Arcuri y otros contra Italia" ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹⁵⁶ el primer demandante era sospechoso de estar afiliado a una organización criminal dedicada al tráfico de drogas. En respuesta, la Fiscalía de Turín inició un procedimiento penal contra el demandante y solicitó el embargo de determinados bienes. Las inspecciones realizadas por la brigada nacional antimafia (DIA) revelaron que existía una disparidad entre los recursos financieros del primer demandante y sus actividades comerciales lícitas e ingresos declarados. Los demandantes alegaron que la medida de decomiso preventivo violaba su derecho al goce pacífico de sus posesiones.

El Tribunal señaló que:

El decomiso denunciado pretendía impedir el uso ilícito, de forma peligrosa para la sociedad, de posesiones cuyo origen lícito no ha sido demostrado. Por lo tanto, considera que el objetivo de la injerencia resultante sirve al interés general (véase la sentencia Raimondo contra Italia, de 22 de febrero de 1994, serie A n.º 281-A, p. 17, § 30, y la Decisión de la Comisión en el caso M. contra Italia antes citado, pág. 59, en la pág. 100).

En el mismo sentido, la medida impugnada se inscribe en el marco de una política de prevención de la delincuencia; considera que, al aplicar tal política, el legislador debe disponer de un amplio margen de apreciación tanto en lo que se refiere a la existencia de un problema que afecta al interés público y que requiere medidas de control como a la forma adecuada de aplicar tales medidas.

En Italia, el problema de la delincuencia organizada ha alcanzado un nivel muy preocupante. Los enormes beneficios que obtienen estas organizaciones con sus actividades ilícitas les confieren un nivel de poder que pone en peligro el Estado de Derecho dentro del Estado. Los medios adoptados para luchar contra este poder económico, en particular la medida de decomiso denunciada, pueden parecer esenciales para el éxito de la lucha contra las organizaciones en cuestión (véase la sentencia Raimondo antes citada, p. 17, § 30, y la Decisión de la Comisión en el caso M. contra Italia antes citada, pág. 101).

Además, los procedimientos para la aplicación de medidas preventivas se llevaron a cabo en presencia de ambas partes en tres tribunales sucesivos: el Tribunal de Distrito, el Tribunal de Apelación y el Tribunal de Casación. En particular, los demandantes, que designaron al abogado de su elección,

¹⁵⁶ TEDH, *Arcuri y otros contra Italia*, sentencia 52024/99, 5 de julio de 2001.

podieron formular las objeciones y aportar las pruebas que consideraron necesarias para la defensa de sus intereses, lo que demuestra que se respetó el derecho de defensa.

Además, se prohibió a los tribunales italianos basar sus decisiones en meras sospechas. Tenían que establecer y valorar objetivamente los hechos presentados por las partes y no hay nada en el expediente que sugiera que valoraron arbitrariamente las pruebas que se les presentaron. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales italianos basaron su decisión en las pruebas aportadas contra el primer demandante, que demostraban que mantenía contactos regulares con miembros de organizaciones delictivas y que existía una discrepancia considerable entre sus recursos económicos y sus ingresos. Los tribunales nacionales también analizaron detenidamente la situación financiera de los demás demandantes y la naturaleza de su relación con el primer demandante y concluyeron que todos los bienes decomisados sólo podían haber sido adquiridos en virtud de la reinversión de los beneficios ilícitos [del demandado] y eran administrados de facto por él, siendo la atribución oficial de la titularidad jurídica a los tres últimos demandantes un mero ardid legal destinado a eludir la aplicación de la ley a los bienes en cuestión.

6.7.6. Decomiso sin condena en el marco de un proceso penal

El decomiso sin condena en el contexto de un proceso penal se refiere a situaciones en las que se ha iniciado un proceso penal relativo a un delito que puede dar lugar a un beneficio económico, pero no puede obtenerse una condena debido a la imposibilidad de que el acusado se someta a juicio. Las órdenes de decomiso en tales casos aún pueden autorizarse en circunstancias limitadas, como cuando el individuo ha fallecido, padece una enfermedad¹⁵⁷ o se ha fugado. El fundamento es que, de haberse podido celebrar el juicio, el proceso podría haber desembocado en una condena penal. En estos procedimientos, el estándar probatorio del origen ilícito de los bienes objeto de la orden de decomiso suele ser el criterio penal (más allá de toda duda razonable).

Al igual que el decomiso ampliado, este sistema es bastante común en los países de la UE, ya que ha sido armonizado por el art. 4.2 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el congelamiento y el decomiso de los instrumentos y productos del delito en la Unión Europea:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado

2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos

¹⁵⁷ Lo que le incapacita para la defensa del proceso, imposibilitando así la celebración del juicio y la posible orden de decomiso.

procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.

El alcance limitado del procedimiento armonizado en virtud de la Directiva refleja el compromiso alcanzado entre los Estados miembros del bloque que deseaban difundir el uso del decomiso sin condena y los que se resistían a la introducción de un procedimiento de DSC de pleno derecho en sus ordenamientos jurídicos.

Un procedimiento similar puede encontrarse en otras partes del mundo, por ejemplo, en Qatar:¹⁵⁸

Artículo (89) El tribunal ordenará el decomiso de lo siguiente en caso de condena por LA, FT o delito determinante, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe:

- 1. Fondos que constituyen el objeto del delito.*
- 2. Fondos constitutivos del producto del delito, incluidos los fondos mezclados con dicho producto, derivados del mismo o intercambiados con él, o fondos cuyo valor corresponda al valor de dicho producto.*
- 3. Fondos que constituyan ingresos y otros beneficios derivados de dichos Fondos o productos del delito.*
- 4. Instrumentos utilizados para la comisión de dicho delito.*

El tercero actuará de buena fe si obtiene los fondos mencionados o parte de ellos o los adquiere desconociendo su origen ilícito o en contraprestación de un precio razonable o prestando servicios que tengan un valor proporcionado o basándose en otros motivos legítimos.

En el caso de que se cometa un delito castigado por las disposiciones de esta ley y no se condene al autor por ser anónimo o estar muerto, el Ministerio Fiscal podrá presentar los autos ante el tribunal competente para que dicte sentencia decomisando los fondos embargados, siempre que se aporten pruebas suficientes de que dichos fondos son producto del delito.

6.7.7. Decomiso de patrimonio no justificado

Como se ha explicado anteriormente, es habitual que los sistemas jurídicos empleen **presunciones refutables** y algunas jurisdicciones lo hacen en los procedimientos de DSC. El "decomiso de patrimonio no justificado" se refiere a los procedimientos de decomiso sin condena, en virtud de los cuales se puede ordenar el decomiso por existir una desproporción injustificada entre el patrimonio real del acusado y sus ingresos lícitos. Es importante destacar que estos procedimientos no exigen que las autoridades demuestren un vínculo entre los activos y la conducta delictiva. No obstante, suelen integrarse en las políticas de sus jurisdicciones contra la delincuencia organizada y/o la corrupción, respaldadas por el razonamiento de que, en tales contextos, los activos que son desproporcionados en relación con los ingresos legales de una persona y cuyo origen no puede justificarse son producto de

¹⁵⁸ Art. (89 de la Ley (20) de 2019 por la que se promulga la Ley de lucha contra el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT).

actividades ilícitas. Sobre la base de esta desproporción injustificada, el demandado será condenado a pagar una deuda civil al Estado.

Los mecanismos de decomiso de patrimonio no justificado también pueden tener un alcance más amplio que las formas de decomiso sin condena (DSC) que sólo pueden aplicarse a bienes tangibles. Puede abarcar no sólo estos bienes, sino también cualquier contribución financiera al estilo de vida de una persona, como gastos o servicios recibidos. A diferencia de otras formas de decomiso, el decomiso de patrimonio no justificado puede extender su alcance a bienes intangibles que contribuyen a la calidad de vida de una persona, incluida la reducción de una deuda.¹⁵⁹

En algunas jurisdicciones, este decomiso sólo puede ordenarse si el organismo encargado de la aplicación de la ley puede demostrar al tribunal que existe una "sospecha razonable" o una "creencia razonable" de que se ha producido una actividad delictiva. Por ejemplo, en Kenia, se puede conceder una orden de decomiso civil contra los "activos no justificados" de una persona, definidos del siguiente modo:

"activos no justificados": los activos de una persona

(a) adquiridos en el momento en que existían sospechas razonables de corrupción o delito económico, o en torno a ese momento; y

(b) cuyo valor sea desproporcionado en relación con sus fuentes de ingresos conocidas en ese momento o en torno a él y para el que no exista una explicación satisfactoria".¹⁶⁰

Del mismo modo, en la jurisdicción australiana de Queensland, la Corte Suprema puede dictar una orden civil en virtud de la Ley de Decomiso de Productos del Delito en relación con el patrimonio no justificado, que se determina como la cantidad que excede del patrimonio adquirido legalmente por una persona. Sin embargo, dicha orden sólo podrá dictarse si el tribunal tiene la certeza de que existe una sospecha razonable de que la persona ha participado en una o más actividades relacionadas con delitos graves o ha adquirido bienes derivados de delitos graves sin la contraprestación adecuada, independientemente de si la persona conocía o sospechaba el origen ilícito de los bienes.¹⁶¹

No obstante, este umbral suele ser inferior al "equilibrio de probabilidades" utilizado en el decomiso civil. Obsérvese a Andrew Dornbierer en este punto:

"Por supuesto, aunque la definición de "sospecha justificada" o "conjetura justificada" dependa de la jurisdicción, los umbrales contenidos en [dichas leyes] que exigen demostrar una sospecha o conjetura justificada de una actividad delictiva subyacente son posiblemente más bajos que los contenidos en otras leyes sobre recuperación de activos, como las leyes [sobre decomiso civil], que exigen demostrar según un estándar de prueba civil –por ejemplo, el balance de probabilidades– que realmente se ha producido algún tipo de actividad delictiva subyacente, o de manera más específica, que un activo es

¹⁵⁹ A. Dornbierer, supra n. 62, 39.

¹⁶⁰ Artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos de 2003.

¹⁶¹ Artículos 89G y 89L de la Ley de decomiso de productos del delito de 2002 (modificada por la Ley de enmienda de la Ley de decomiso de productos del delito (patrimonio no justificado y orden de decomiso de delincuentes graves relacionados con las drogas) de 2013).

producto de un delito o se utilizó en la comisión del mismo. Por ejemplo, si bien la jurisprudencia en Australia indica que una sospecha justificada "no es arbitraria" y que "se debe probar alguna base de hecho para justificar la sospecha", también describe el término sospecha justificada como "menos que una conjetura justificada, pero más que una posibilidad" y aclara que el requisito de demostrar tal sospecha no implica necesariamente que deba estar bien fundada o que todos los motivos de sospecha se deben basar en hechos. Además, en Australia, el levantamiento de dicha sospecha se puede apoyar en rumores u otro material que normalmente es inadmisibile como prueba".¹⁶²

6.7.7.1. Ordenes de patrimonio no justificado en el RU

Consideraciones generales

En el Reino Unido, la Ley de Finanzas Criminales de 2017 introdujo el mecanismo de "órdenes de patrimonio no justificado", por el que el Tribunal Superior, a petición de una autoridad de ejecución, puede ordenar a una persona que revele información sobre activos específicos que posea. El mecanismo se ha insertado después de la Sección 362 de la Ley de Productos del Delito de 2002 (POCA) y constituye un paso opcional de investigación en el sistema de decomiso civil de la jurisdicción.

"362A (1) El Tribunal Superior podrá, a solicitud de una autoridad de ejecución, dictar una orden de patrimonio no justificado con respecto a cualquier bien si el tribunal considera que se cumplen todos y cada uno de los requisitos para dictar la orden.

(2) Una solicitud de orden debe:

(a) especificar o describir el bien sobre el que se solicita la orden, y

(b) especificar la persona que la autoridad de ejecución considera que posee la propiedad ("el demandado") (y la persona especificada puede incluir a una persona fuera del Reino Unido).

(3) Una orden de patrimonio no justificado es una orden por la que se exige al demandado que presente una declaración:

(a) sobre la naturaleza y el alcance del interés del demandado en el bien sobre el que se dicta la orden,

(b) explicando cómo obtuvo el demandado la bien (incluyendo, en particular, cómo se sufragaron los gastos en que incurrió para obtenerlo),

(c) cuando los bienes estén en posesión de los administradores de una liquidación, con los detalles de la liquidación que se especifiquen en la orden, y

(d) que contenga cualquier otra información relacionada con el bien que se especifique.

(4) La orden deberá especificar:

¹⁶² A. Dornbierer, supra n. 62, 36- 37

(a) la forma y el modo en que debe efectuarse la declaración,

(b) la persona a la que debe entregarse, y

(c) el lugar en el que debe entregarse o, si debe entregarse por escrito, la dirección a la que debe enviarse.

(5) La orden podrá, en relación con la exigencia al demandado de que facilite la declaración mencionada en el apartado (3), exigir también al demandado que presente documentos del tipo especificado o descrito en la orden.

(6) El demandado debe cumplir los requisitos impuestos por una orden de patrimonio no justificado en el plazo que el tribunal pueda especificar (y se pueden especificar distintos plazos en relación con distintos requisitos).

(7) En el presente capítulo, se entenderá por "autoridad de aplicación":

(a) la Agencia Nacional contra la Delincuencia,

(b) la Hacienda del Reino Unido,

(c) la Autoridad de Conducta Financiera,

(d) el director de la Oficina de Fraudes Graves, o

(e) el director del Ministerio Público (en relación con Inglaterra y Gales) o el director del Ministerio Público para Irlanda del Norte (en relación con Irlanda del Norte)".

Según el artículo 362B de la POCA, para conceder la orden, el tribunal debe tener la certeza de que:

1) existe una causa razonable de que el demandado posee los bienes;

2) existe una causa razonable de que el valor de los bienes es superior a £ 50.000;

3) existen motivos razonables para sospechar que las fuentes conocidas de los ingresos obtenidos legalmente por el demandado habrían sido insuficientes para permitirle obtener los bienes; y

4) el demandado es una persona políticamente expuesta o existen motivos razonables para sospechar que el demandado está o ha estado implicado en un delito grave o está relacionado con una persona que está o ha estado implicada.

Si el demandado incumple, sin excusa razonable, los requisitos de la orden en relación con bienes específicos, se presumirá que dichos bienes pueden recuperarse mediante el procedimiento de decomiso civil de la POCA (artículo 362C(2)-(3)), salvo que se demuestre lo contrario (es decir, la presunción es refutable). El demandado sólo cumple los requisitos impuestos por una orden de patrimonio no justificado si cumple, o pretende cumplir, todos esos requisitos (artículo 362D(7)(a)). Según el artículo 362F(1), las declaraciones realizadas por el demandado en virtud de una orden de

este tipo no pueden utilizarse como prueba en su contra en un procedimiento penal. Sin embargo, la información revelada puede utilizarse en posteriores procedimientos civiles de decomiso.

También hay que señalar que, en virtud del artículo 362E(1), una persona comete un delito si, en el supuesto cumplimiento de un requisito impuesto por una orden de patrimonio no justificado, la persona hace una declaración que sabe que es falsa o engañosa en un aspecto material, o imprudentemente hace una declaración que es falsa o engañosa en un aspecto material. Sin embargo, como ocurre con cualquier delito penal, habría que probarlo más allá de toda duda razonable para que el demandado sea condenado y castigado, lo que contradice la finalidad de las órdenes sobre patrimonio no justificado. De hecho, están pensadas para facilitar la obtención de pruebas cuando de otro modo sería difícil.

Este mecanismo es relativamente reciente y, hasta ahora, no se ha utilizado en suficientes casos como para sacar conclusiones sobre su efectividad. Por un lado, los analistas han expresado su preocupación por determinados elementos de la ley, como la vaguedad del concepto de "presunto cumplimiento" o las dificultades técnicas encontradas a la hora de aplicarla a estructuras de propiedad complejas de personas jurídicas (que en un caso supusieron una importante pérdida para la Agencia Nacional contra la Delincuencia).¹⁶³ Tampoco está claro cuánto peso dará el juez a la presunción del artículo 362C(2)-(3). Por otra parte, en el caso de "Mansoor Mahmood Hussain", la orden permitió indirectamente a las autoridades reunir suficientes pruebas adicionales para garantizar una solución de fondo.¹⁶⁴ En cualquier caso, este mecanismo es ciertamente menos potente que los modelos en los que la presunción de origen ilícito se desencadena simplemente por la desproporción entre el patrimonio, el estilo de vida y los recursos del acusado y sus ingresos lícitos (véase infra).

Compatibilidad con los derechos fundamentales

En el Reino Unido, el histórico caso "Agencia Nacional contra el Delito contra Zamira Hajiyeva"¹⁶⁵ ante el Tribunal Superior, seguido del posterior caso "Zamira Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Delito"¹⁶⁶ ante el Tribunal de Apelación, constituyó la primera instancia de un desafío legal contra las órdenes de patrimonio no justificado.

El Tribunal Superior había dictado una orden de patrimonio no justificado "sin preaviso" contra la Sra. Hajiyeva, obligándola a revelar información sobre el origen de los fondos utilizados para la adquisición de bienes inmuebles en Londres. Se sospechaba que los bienes procedían de actividades de corrupción cometidas por su marido, ex presidente del Banco Internacional de Azerbaiyán, de propiedad estatal. Intentó que se anulara la orden por varios motivos, incluida su afirmación de que violaba su privilegio

¹⁶³ Véase T. Keatinge, A. Moiseienko y H. Wood, *Unexplained Wealth Orders: UK Experience and Lessons for British Columbia*, 2020 (Órdenes de patrimonio no justificado: la experiencia y las lecciones del RU para Columbia Británica), Royal United Services Institute; véase también Kennedy Talbot QC, "Proceeds of Crime and the Professional Trustee: The End of the Unexplained Wealth Order?" (El producto del delito y el fiduciario profesional: ¿El fin de las órdenes de patrimonio no justificado?), 30 de abril de 2020, <https://www.33knowledge.com/current-awareness/proceeds-of-crime-and-the-professional-trustee-the-end-of-the-unexplained-wealth-order>

¹⁶⁴ NCA contra Mansoor Mahmood Hussain et al [2020] EWHC 432 (Admin) [2020] 1 WLR 2145

¹⁶⁵ Agencia Nacional contra el Delito contra la señora Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin).

¹⁶⁶ Sra. Zamira Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Delito [2020] EWCA Civ 108.

contra la autoincriminación, a pesar de la prohibición explícita de hacerlo en virtud del artículo 362F(1) de la POCA.

No obstante, tanto el Tribunal de Apelación como el Tribunal Superior rechazaron el argumento de la Sra. Hajiyeva, manteniendo la postura de que el Parlamento había pretendido "derogar" el privilegio en el contexto del procedimiento de una orden de patrimonio no justificado. Los tribunales razonaron además que aplicar el privilegio contra la autoincriminación a dichas órdenes privaría de sentido al proceso de las mismas, ya que su finalidad es obligar a facilitar información.¹⁶⁷ Además, ambos tribunales declararon que la demandada no se enfrentaba a ningún riesgo real de ser procesada penalmente en el Reino Unido sobre la base de esas declaraciones.¹⁶⁸

6.7.7.2. Decomiso de patrimonio no justificado en Mauricio

Consideraciones generales

En virtud de la Ley sobre Informes de Integridad y buena Gobernanza de 2015 ("GGIRA"), la Agencia de Servicios de Información sobre la Integridad (IRSA) puede solicitar un decomiso sin condena. Dado que la aplicación de la IRSA es civil (sin condena), el estándar probatorio es el del equilibrio de probabilidades. Es importante destacar que no es necesario que la IRSA demuestre ninguna conexión entre la propiedad en cuestión y cualquier actividad delictiva. La IRSA puede solicitar a cualquier persona que dé explicaciones sobre el origen de cualquier bien, y la carga de la prueba recae en el demandado para demostrar que el bien no constituye un patrimonio inexplicado, definido de la siguiente manera por la Sección 2 de la GGIRA:

"patrimonio no justificado" incluye cualquier bien -(a) que sea propiedad de una persona en una medida desproporcionada en relación con sus emolumentos y otros ingresos; (b) cuya propiedad, posesión, custodia o control no pueda ser justificado satisfactoriamente por la persona que posee, tiene la custodia o el control del bien; o (c) que una persona posea para otra persona en una medida desproporcionada en relación con los emolumentos u otros ingresos de esa otra persona y que no pueda ser justificado satisfactoriamente;"

La IRSA no está obligada a probar nada más allá del hecho de que el demandado posee o controla los bienes en litigio. El artículo 3(5) de la GGIRA prevé, en efecto, una inversión completa de la carga de la prueba del origen lícito de los bienes del demandado:

"(5) Cualquier solicitud presentada en virtud de la presente Ley constituirá un procedimiento civil y recaerá sobre el demandado la carga de demostrar, en un balance de probabilidades, que cualquier bien no es patrimonio no justificado".

El artículo 5 de la GGIRA establece las competencias de la IRSA en los siguientes términos:

¹⁶⁷ Sra. Zamira Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Delito [2020] EWCA Civ 108, 51; Agencia Nacional contra el Delito contra la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin), 110 -112.

¹⁶⁸ Sra. Zamira Hajiyeva contra la Agencia Nacional contra el Delito [2020] EWCA Civ 108, 50; Agencia Nacional contra el Delito contra la Sra. Zamira Hajiyeva [2018] EWHC 2534 (Admin), 115.

1. a) Al recibir un informe en virtud del artículo 9(1) o (2), o por iniciativa propia, la Agencia podrá, por escrito, solicitar a cualquier persona que explique, mediante declaración jurada en un plazo de 21 días laborables o en cualquier otro plazo más largo que el director pueda determinar, el origen de cualquier fondo que la persona posea, tenga bajo su propiedad, custodia o control, o que se crea que ha sido utilizado en la adquisición de cualquier bien;

b) Cuando la Agencia no reciba una respuesta en el plazo especificado en el apartado a), solicitará una orden de divulgación en virtud del artículo 13.

No obstante, la persona así requerida no está obligada a atender dicha solicitud de la IRSA. En caso de que la persona a la que se ha notificado la solicitud no responda, la IRSA puede, mediante una solicitud ex parte, solicitar una Orden de Divulgación a un Juez de Instrucción con el fin de obtener información sobre los bienes en posesión de una persona o de cualquier otra persona en su nombre. El artículo 13 de la GGIRA estipula lo siguiente:

La Agencia podrá solicitar al Juez de Instrucción, en relación con un presunto caso de patrimonio no justificado, una orden de divulgación:

(a) para obtener información sobre bienes en posesión de una persona o de cualquier otra persona en su nombre; o

(b) exigir a cualquier persona que revele las fuentes de los fondos utilizados para adquirir, poseer o controlar cualquier bien

Cuando la información obtenida a través de la Orden de Divulgación no satisface a la IRSA en cuanto a la legitimidad de los fondos del sospechoso, la IRSA informa de ello a una junta independiente, la Junta de Informes de Integridad, que supervisa el proceso. Si la Junta está de acuerdo con la IRSA en que los bienes constituyen un patrimonio no justificado, puede recomendar la solicitud de una orden de patrimonio no justificado. A continuación, el director de la IRSA presenta una declaración jurada ante un Juez de Instrucción y solicita el decomiso de los bienes en cuestión.

Cuando el Juez está satisfecho con la aplicación de la IRSA, se concede una Orden de Patrimonio no Justificado. Si la orden no es objeto de recurso ni se anula, los bienes recuperados y decomisados pertenecen a la IRSA. La IRSA nombra a un liquidador para liquidar los bienes decomisados.

No obstante, cuando el Juez de Instrucción no pueda estimar la demanda sobre la base de la solicitud presentada, remitirá el asunto a la Corte Suprema.

El artículo 14 de la GGIRA prevé Órdenes de Patrimonio no Justificado en los siguientes términos:

Cuando la Junta tenga motivos razonables para creer que una persona posee un patrimonio no justificado, ordenará a la Agencia que solicite a un Juez de Instrucción una Orden de Patrimonio no Justificado para el decomiso de dicho patrimonio no justificado.

La Agencia podrá modificar la solicitud de una orden de patrimonio no justificado en cualquier momento antes de que el Juez de Instrucción adopte una decisión definitiva sobre la solicitud, siempre

que la modificación se notifique con suficiente antelación a todas las personas a las que se haya notificado la solicitud.

Cuando se presente una solicitud en virtud del apartado (1), la Agencia podrá solicitar una orden que prohíba la transferencia, pignoración o enajenación de cualquier bien

Por último, según el artículo 16 de la GGIRA:

Cuando la Agencia presente una solicitud:

De una Orden de Patrimonio no Justificado y el Juez de Instrucción tiene la certeza de que el demandado posee un patrimonio no justificado, dictará una Orden de Patrimonio no Justificado o una orden de pago de su equivalente monetario.

(1A) Cuando el Juez de Instrucción dicte una Orden de Patrimonio no Justificado para el decomiso de cualquier activo virtual, se ordenará además al demandado que revele a la Agencia toda la información que sea necesaria para permitir la recuperación del activo virtual.

Compatibilidad con los derechos fundamentales

La constitucionalidad de los artículos 5 y 16 de la GGIRA, que se refieren a la solicitud legal, el decomiso del patrimonio no justificado y que facultan a la IRSA a decomisar los bienes de alguien sin una indemnización adecuada, está siendo impugnada ante la Corte Suprema por considerar que viola los derechos fundamentales y los derechos constitucionales del demandado. Se está a la espera de una sentencia sobre el fondo del asunto en el asunto **Agencia de Servicios de Información contra Ramgoolam N. Dr GCSK FRCP SN.418/2018.**

El Juez de Instrucción, tras examinar las declaraciones juradas de ambas partes, declaró lo siguiente:

"Observo lo siguiente:

- i. el hecho de que exista un recurso pendiente ante la Corte Suprema contra la sentencia del Tribunal Intermedio en la causa penal incoada por el director del Ministerio Público contra el hoy demandado, no impide el presente procedimiento civil. Soy de la opinión de que, si se concede una Orden de Patrimonio no Justificado en el presente recurso, ello no impedirá que el Tribunal Intermedio, si se da la situación, tome nota de cualquier orden anterior realizada por el Juez de Instrucción y adopte la decisión adecuada. Por tanto, no puede haber riesgo de duplicidad de Órdenes. En cualquier caso, esta cuestión es puramente académica en este momento, ya que el recurso aún no ha sido resuelto;
- ii. la objeción planteada en relación con el "derecho al silencio" carece de fundamento, ya que el procedimiento penal ante el Tribunal Intermedio ha concluido;
- iii. la alegación formulada en nombre de la parte demandada de que el presente recurso es nulo ab initio por falta de competencia carece asimismo de fundamento. En el apartado 31 de sus alegaciones escritas, el letrado principal de la parte demandada afirma erróneamente que la carta de la Junta no está firmada ni fechada. Sin embargo, este no es el caso. El documento D de la primera declaración jurada de la demandante contiene instrucciones claras de la Junta. Lo firman el presidente y los miembros, y también está fechado;

- iv. *la alegación de la parte demandada relativa a una supuesta inmunidad del Estado también carece de fundamento, ya que no existe tal inmunidad en nuestra legislación con respecto a un antiguo primer ministro;*
- v. *el hecho de que la demandante no solicitara una orden de divulgación antes de presentar la presente demanda no afecta en modo alguno a ésta. La ley impone tal obligación a la Agencia sólo en los casos en que no se da respuesta a una solicitud reglamentaria. Es evidente que este no es el caso. El demandado respondió el 2 de enero de 18, y*
- vi. *las tarjetas Annex Centurion no pueden asimilarse a bienes en el sentido de la GGIRA. Una tarjeta de crédito es una mera facilidad de crédito y no puede ser objeto de una Orden de Patrimonio no Justificado.*

en su conjunto y tras considerar las alegaciones de todas las partes, soy de la opinión de que los hechos y circunstancias de la presente demanda son tales que el Juez de Instrucción no puede proceder a conceder una Orden de Patrimonio no Justificado basándose únicamente en pruebas testificales. Tengo en cuenta la naturaleza extrema y las consecuencias de dicha Orden.

De hecho, la ley ha hecho recaer sobre el demandado la carga de probar, mediante un equilibrio de probabilidades, que los elementos antes mencionados no constituyen un patrimonio no justificado. Observo en la declaración jurada del demandado que, en efecto, ha dado una explicación sobre el origen del dinero, aunque no aceptada por la Junta. Por lo tanto, es deseable y en interés de la justicia que se dé a la parte demandada la plena oportunidad de aportar pruebas y explicar al Tribunal el origen de los fondos, objeto de la presente demanda.

Además, soy de la opinión de que la demandante también tendrá la oportunidad de cumplir plenamente con su deber legal en virtud del artículo 3(7) de la GGIRA, a saber, explicar satisfactoriamente el momento exacto en que los fondos, objeto de esta solicitud, han pasado a estar en posesión o bajo el control de la demandada, teniendo en cuenta el requisito de la GGIRA. Tal y como están las cosas, esto no está claro"

6.7.7.3. Otras consideraciones sobre los límites del decomiso de patrimonio no justificado

Hasta la fecha, los mecanismos de decomiso de patrimonio no justificado aún no han sido impugnados ante las jurisdicciones regionales de derechos humanos. En Mauricio (cf. supra) y en algunas otras jurisdicciones, sin embargo, se ha cuestionado su compatibilidad con los derechos del demandado, principalmente el derecho a la propiedad.

En Kenia, el mecanismo superó la revisión, ya que los tribunales consideraron que, en primer lugar, el procedimiento de decomiso de patrimonio no justificado sólo exige que el acusado explique el origen de su patrimonio después de que las autoridades hayan cumplido su parte de la carga de la prueba (es decir, demostrar, en función de las probabilidades, que los activos se adquirieron en el momento en que se sospechó razonablemente que la persona era culpable de corrupción o delito económico, o en torno a ese momento, y que su valor es desproporcionado en relación con las fuentes de ingresos conocidas de la persona en ese momento o en torno a él);¹⁶⁹ y, en segundo lugar, la carga de la prueba

¹⁶⁹ Comisión de Ética y Lucha contra la Corrupción (sucesor legal de la Comisión de Anticorrupción de Kenia) contra Stanley Mombo Amuti [2015] eKLR, 33.

en los litigios civiles era dinámica y exigía que la parte más capaz de probar un hecho asumiera la carga relativa a ese hecho.¹⁷⁰

En la jurisdicción de Australia Occidental, la ley prevé un mecanismo similar al descrito anteriormente en Mauricio, por el que la autoridad de ejecución sólo tiene que demostrar que una persona controla una determinada cantidad de bienes y, a continuación, la carga se desplaza hacia el demandado para demostrar, en un balance de probabilidades, que sus activos son de origen lícito:

"12(1) Si se solicita la aplicación de la sección 11(1) durante una audiencia, el tribunal debe declarar que el demandado posee patrimonio no justificado si es más probable que el valor total del patrimonio sea mayor que el valor del patrimonio que este ha adquirido de forma legítima.

12(2) Se presume que todo bien, servicio, ventaja o beneficio que sea constitutivo del patrimonio del demandado no fue adquirido de forma legítima, salvo que este demuestre lo contrario".¹⁷¹

En el caso "director del Ministerio Público contra Morris",¹⁷² el juez consideró que el mecanismo era razonable, ya que exigía que el acusado probara hechos que eran particularmente de su conocimiento, citando el siguiente razonamiento expresado en un caso anterior:

"En mi opinión, es razonable esperar que una persona que se convierte en propietaria de bienes sustanciales por medios legítimos no tenga mayores dificultades para probar dicho hecho, como parte del balance de probabilidades. Si la vía por la que los bienes llegaron a manos de un objetor es lícita, normalmente estará documentada de alguna manera".¹⁷³

El mismo razonamiento¹⁷⁴ fue adoptado por la Comisión Parlamentaria Mixta de Aplicación de la Ley, que revisó la ley en 2012 y concluyó, sobre esa base, que el decomiso de patrimonio no justificado era una "respuesta razonable y proporcionada a la amenaza de la delincuencia grave y organizada en Australia"¹⁷⁵ siempre que existieran salvaguardias. Aunque el decomiso de patrimonio no justificado aún no se ha contrastado con los convenios regionales sobre Derechos Humanos, cabe señalar el enfoque adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relevantes (véanse también las otras secciones de esta publicación):

En varios casos, el Tribunal examinó, en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º 1, diversas medidas adoptadas con el fin de luchar contra el enriquecimiento ilícito procedente del producto del delito. En tales casos, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para aplicar políticas de lucha contra la delincuencia, incluido el decomiso de bienes cuyo origen se presume ilícito (Raimondo c. Italia, § 30; Riela y otros c. Italia (dec.); Arcuri y otros c. Italia (dec.); Gogitidze y otros c. Georgia, § 108), bienes adquiridos con fondos ilícitos (Ulemek c. Serbia (dec.)), producto de un delito (productum

¹⁷⁰ *Ibíd.*; Este razonamiento fue confirmado en Stanley Mombo Amuti contra la Comisión Anticorrupción de Kenia (Apelación civil n.º 184 de 2018), véanse los puntos 78-80 de la decisión.

¹⁷¹ Ley de decomiso de bienes delictivos de 2000

¹⁷² Director del Ministerio Público contra Morris [No2] [2010] WADC 148

¹⁷³ Director del Ministerio Público de Australia Occidental contra Gypsy Jokers Motorcycle Club Inc (2005) WASC 61, 68

¹⁷⁴ Comisión Parlamentaria Mixta de Aplicación de la Ley, Parlamento de Australia, *Inquiry into Commonwealth Unexplained Wealth Legislation and Arrangements* (Investigación sobre la legislación y las disposiciones en materia de patrimonio no justificado de la Commonwealth) (marzo de 2012), 2.23-2.24.

¹⁷⁵ *Ídem.*

sceleris) (*Phillips c. Reino Unido; Silickienė c. Lituania; Gogitidze y otros c. Georgia, § 108*), bienes que fueron objeto de un delito (*objectum sceleris*) (*Agosi c. Reino Unido; Sun c. Rusia; Ismayilov c. Rusia*), o bienes que habían servido, o estaban destinados a servir, para la comisión del delito (*instrumentum sceleris*) (*Andonoski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia; B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi contra Eslovenia; S.C. Service Benz Com S.R.L. c. Rumania; Butler c. el Reino Unido (dec.); Markus c. Latvia, § 69, y Todorov y Otros c. Bulgaria, §§ 189-199, para la recapitulación de diferentes situaciones*).¹⁷⁶

También es relevante que ciertos sistemas incluyan salvaguardias legales o institucionales para evitar el uso indebido de los mecanismos de decomiso de patrimonio no justificado. Tales salvaguardias incluyen la posibilidad de que el juez se niegue a ordenar al demandado que pague si tal orden no es de interés público,¹⁷⁷ la supervisión y revisión del uso de la ley por una comisión parlamentaria,¹⁷⁸ excepciones basadas en la buena fe,¹⁷⁹ la revisión del caso por una junta independiente antes de solicitar el decomiso¹⁸⁰, la prohibición de utilizar la información revelada durante el procedimiento civil en procesos penales posteriores,¹⁸¹ o la prohibición de utilizar el mecanismo contra funcionarios públicos durante periodos electorales.¹⁸²

6.8. Imposición del producto del delito

Un recurso relativamente novedoso que ha resultado eficaz en algunas jurisdicciones es la imposición del producto del delito. Es importante distinguir este concepto de la persecución del delito penal de evasión fiscal en sí, y de las sanciones que pueden seguir a la condena. Los ingresos en sí se consideran simplemente ingresos, tan susceptibles de imposición como cualquier otro ingreso, por lo que pasan a estar sujetos a un impuesto de evaluación y recaudación como cualquier otro impuesto. Inmediatamente surgen dos preguntas:

El primero se refiere a la cuestión de si la imposición de los productos del delito es adecuada, ya que podría parecer que legitima dicha actividad delictiva. Las ganancias adquiridas ilegalmente están sujetas a impuestos, según la jurisprudencia de los países de derecho anglosajón, pero muchos códigos tributarios guardan un sorprendente silencio al respecto.

Sin embargo, durante un tiempo las cosas fueron diferentes en Estados Unidos. El Congreso recibió su poder legislativo para gravar "las rentas de cualquier fuente derivada" con la aprobación de la 16ª enmienda en 1913. Ese mismo año, se estableció un impuesto sobre los ingresos derivados de "cualquier

¹⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guía sobre el artículo 1 del Protocolo n.º 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos - Protección de la propiedad, actualizada el 31 de agosto de 2022, 381.

¹⁷⁷

¹⁷⁸ Véase en Australia, a nivel federal, la Ley de 2002 sobre el producto del delito, artículo 179U

¹⁷⁹ *Serious and Organised Crime (Unexplained Wealth) Act* (Ley de Delincuencia Grave y Organizada (Patrimonio no justificado) de 2009) de Australia Meridional, Sección 9(11).

¹⁸⁰ Véase el ejemplo de Mauricio en el apartado 6.7.7.2.

¹⁸¹ *Proceeds of Crime Act 2018* (Ley de 2018 sobre el producto del delito) de las Bahamas, artículo 75(3); véase también, entre otras, el apartado 6.7.4. supra y el apartado 7. infra.

¹⁸² Véase en Filipinas, la Ley de la República n.º 1379, ley por la que se declara el decomiso a favor del Estado de cualquier bien que haya sido adquirido ilícitamente por cualquier funcionario o empleado público y por la que se establecen los procedimientos correspondientes (18 de junio de 1955), artículos 2 y 6.

negocio lícito realizado con fines lucrativos". En 1916, sin debate, el Congreso omitió la palabra "lícito", sustituyéndola por una forma no calificada que aún perdura.¹⁸³

En Irlanda, aunque históricamente existía cierta preocupación judicial sobre si las ganancias obtenidas ilegalmente eran imponibles, la cuestión se aclaró con la promulgación del artículo 19 de la Ley de Finanzas de 1983, que hace que los beneficios obtenidos ilegalmente sean imponibles. Además, el artículo 94 prevé la imposición de sanciones a las personas que, a sabiendas o intencionadamente, incumplan cualquier disposición de las Leyes fiscales o aduaneras relativa a la presentación de declaraciones, la presentación de libros y documentos, u obstruyan o interfieran con los funcionarios de Hacienda en el desempeño de sus funciones legales o en el ejercicio de sus competencias legales.

En el Reino Unido, el artículo 317 de la Ley de 2002 sobre el producto del delito permite a la Agencia Nacional contra el Delito asumir las "funciones generales de hacienda", es decir, el papel de recaudador de impuestos tradicionalmente ocupado por la HMRC. Este poder permite a la NCA desempeñar la función de recaudación de impuestos y recuperar los impuestos adeudados por actividades delictivas rentables. No se exige una condena penal.

Una segunda cuestión natural es que los impuestos sólo están diseñados para recaudar una parte de la renta, nunca el importe total. Sin embargo, esto supone ignorar los aspectos prácticos de las investigaciones sobre las actividades de las bandas de delincuencia organizada. La identificación de los ingresos reales puede producirse muchos años después de su generación, por lo que cualquier liquidación fiscal puede ser objeto de importantes intereses y sanciones por el pago tardío del impuesto adeudado. La experiencia ha demostrado que tales gravámenes, combinados con sanciones e intereses, suelen acercarse, y en ocasiones superar, los beneficios ilegales generados.

Imposición del producto del delito en Irlanda

A continuación, se analizan brevemente la posición irlandesa y algunas de las cuestiones que examinaron los tribunales.

La cuestión de la utilización del código fiscal como método de incautación de los productos del delito en favor del Estado fue examinada inicialmente por la Comisión de reforma legislativa, en su informe de 1991.¹⁸⁴ Obsérvese lo siguiente:

En el curso de nuestras consultas se nos instó a que los diversos poderes de que disponen las autoridades fiscales podrían proporcionar un modelo adecuado para un régimen legal de seguimiento y decomiso de los productos del delito. Hay que señalar, sin embargo, que ninguna de estas disposiciones permite a las autoridades fiscales congelar los activos de una persona o nombrar un administrador judicial sobre ellos sin que se cumplan al menos algunas condiciones previas.

¹⁸³ Glover, J. (1997), "Taxing the Proceeds of crime" (Grabar el producto del delito), *Journal of Money Laundering Control*.

¹⁸⁴ https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rProceedsofCrime.htm

No cabe duda de que el poder legislativo ha otorgado a la Agencia Tributaria amplios poderes para recaudar impuestos y derechos. El rastreo de los ingresos y las fuentes de ingresos es un ejercicio similar al rastreo de los ingresos procedentes de delitos, su enajenación y su conversión en activos. Pero es un error suponer que las autoridades fiscales poseen o están dotados de una especie de "carta blanca" constitucional.

Las autoridades fiscales nos han hecho hincapié en que es un principio fundamental del código fiscal que los contribuyentes tengan derecho a esperar que cualquier información que faciliten sea tratada de forma confidencial únicamente a efectos fiscales y que dicha información y sus asuntos fiscales no sean revelados a terceros.

A pesar de la preocupación por preservar la credibilidad del código tributario y la confidencialidad de la información facilitada u obtenida, el informe concluía finalmente:

- 1. Las leyes fiscales vigentes deben aplicarse con vigor contra los traficantes de drogas, los que manejan bienes robados u otras personas que se ganan la vida con el delito. Los poderes otorgados en las diversas Leyes de Finanzas, en particular en las secciones 18 y 19 de la Ley de Finanzas de 1983, deberían emplearse lo más ampliamente posible.*
- 2. Aunque apreciamos y apoyamos los deseos de la Agencia Tributaria de mantener la confidencialidad en asuntos fiscales en el curso ordinario de los casos, ninguna ley, práctica o costumbre debe en modo alguno amparar a las personas que se benefician de la delincuencia.*
- 3. Cualquier poder otorgado a la Agencia Tributaria, como el de obtener información sobre los ingresos de las instituciones financieras o de los receptores de ingresos en nombre de terceros o relativo a los titulares de valores, debe estar a disposición de la fiscalía o de cualquier receptor designado a tal efecto. En consecuencia, debe preverse la divulgación de información fiscal por parte de la autoridad fiscal y de cuentas bancarias y otras transacciones por parte de cualquier banco o institución financiera a las autoridades fiscales previa presentación de una orden judicial. Una solicitud de este tipo de orden debe establecer el tipo de información que se requiere.*

Oficina de Activos Criminales

El asesinato de un periodista de investigación criminal en Irlanda el 6 de junio de 1996 supuso un impulso político suficiente para un análisis legislativo en profundidad de este recurso. Se puso en marcha lo siguiente.

Se creó una agencia multidisciplinar independiente, la Oficina de Activos Criminales (*Criminal Assets Bureau, CAB*), con la función de identificar los bienes de las personas que proceden directa o indirectamente de actividades delictivas y tomar las medidas adecuadas conforme a la ley para privar o negar a esas personas de dichos bienes.¹⁸⁵ Entre los funcionarios de esa agencia hay policías, inspectores y recaudadores de impuestos, inspectores de bienestar social, analistas, contables forenses y abogados, todos trabajando juntos para lograr este único objetivo. Los funcionarios de la Oficina, aunque trabajaban bajo la dirección del funcionario jefe de la Oficina, un funcionario superior de

¹⁸⁵ <https://revisedacts.lawreform.ie/eli/1996/act/31/front/revised/en/html>

policía, seguían conservando y podían ejercer esas competencias como funcionarios de policía, funcionarios de Hacienda y funcionarios de asistencia social.

No sólo se estableció una disposición específica que permitía a los funcionarios de la Oficina intercambiar información entre ellos, independientemente de su función, sino que también se estableció una disposición que autorizaba la divulgación de información en posesión de la autoridad fiscal a la CAB con el fin de investigar a personas que pudieran haber obtenido beneficios o ganancias de una fuente ilícita.¹⁸⁶ Estas disposiciones respondían a las preocupaciones planteadas en el informe de la Comisión de reforma legislativa.

Para responder a una preocupación real de los funcionarios de la autoridad fiscal y de bienestar social, se han adoptado disposiciones específicas para proteger su anonimato en el ejercicio de sus funciones, incluso cuando presenten pruebas ante un tribunal.

Existen protecciones preexistentes en el código fiscal, incluido un derecho inicial de apelación ante los comisionados de apelación, y un derecho ulterior de apelación ante los tribunales ordinarios. Hasta la fecha se han desestimado las alegaciones presentadas ante los tribunales irlandeses en el sentido de que la solicitud simultánea por parte del Estado de una orden de decomiso, con o sin condena, y la ejecución en virtud del código fiscal podrían constituir un proceso abusivo, ya que se consideran funciones separadas e independientes. Dicho esto, la Oficina es consciente de la interdependencia potencial cuando, por ejemplo, los productos del delito que han sido objeto de una liquidación fiscal pueden ser decomisados posteriormente mediante una orden de decomiso, lo que requiere un nuevo análisis de la liquidación fiscal inicial.

Es posible que por este motivo el fiscal general del Reino Unido, jurisdicción que también tiene la facilidad de aplicar el código fiscal a los productos de conductas delictivas, haya instigado una prioridad administrativa. Los organismos que persiguen el producto de una conducta delictiva deben tratar en primer lugar de aplicar un recurso basado en una condena, pero en los casos en que este enfoque resulte ineficaz considerar el recurso no basado en una condena, y cuando ambos recursos resulten ineficaces, que las autoridades puedan recurrir a perseguir el código fiscal. Desde entonces, esta política se ha matizado un poco, haciendo hincapié en la prioridad de la disuasión penal. Obsérvese el siguiente extracto de las Directrices actuales:

Una autoridad competente debe ejercer sus funciones en virtud de la POCA de la forma que considere más adecuada para contribuir a la reducción de la delincuencia. En general, la mejor forma de reducir la delincuencia es mediante investigaciones y procedimientos penales (véase el artículo 2A de la POCA). Esto incluye el uso de los poderes de recuperación de activos criminales para solicitar órdenes de decomiso, contenidas en las Partes 2, 3 y 4 de la POCA, que exigen que un acusado pague una suma equivalente a sus productos del delito con cualquier activo disponible.

Si bien, en general, la reducción de la delincuencia se garantiza mejor mediante investigaciones y procedimientos penales, los poderes civiles en virtud de las Partes 5 y 6 de la POCA (también denominados en estas Directrices "poderes de recuperación de activos sin condena") también contribuyen de forma importante a la reducción de la delincuencia. Al igual que otras competencias, que pueden incluir, entre otras, la liquidación de impuestos, la quiebra, la insolvencia y las órdenes de

¹⁸⁶ <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/25/enacted/en/html>

prevención de delitos graves. No existe una jerarquía estricta para denotar el uso de los poderes. Nada en estas orientaciones debería prohibir el uso de poderes de recuperación de activos sin condena en un caso individual.

Las autoridades competentes, así como otros organismos de orden público (policía, etc.), investigadores financieros y ministerios públicos, deben considerar la posibilidad de emprender acciones de recuperación de activos y de investigación financiera, utilizando tanto las competencias penales como las civiles, al inicio de todas las investigaciones. Esto incluye la capacidad de remitir el aspecto de recuperación de activos de un caso para la recuperación civil y/o las competencias tributarias de la POCA a un organismo pertinente que posea las competencias para emprender dicha acción.

Las autoridades y organismos pertinentes serán conscientes de que no es posible solicitar una orden civil de recuperación si se ha dictado una orden de decomiso (respecto de los bienes que se han tenido en cuenta para decidir la cuantía del beneficio obtenido por una persona de una conducta delictiva), por lo que se hace hincapié en la necesidad de evaluar las ventajas de la recuperación de activos o de la investigación financiera lo antes posible.¹⁸⁷

Preguntas clave sobre la imposición del producto del delito

La imposición de los productos del delito suscitó algunas preguntas durante los debates del grupo de trabajo de expertos, algunas de las cuales se comentan a continuación. **¿Debe suspenderse el procedimiento de recaudación de impuestos hasta que se resuelva el procedimiento penal?**

A diferencia de muchas jurisdicciones de derecho civil, en las que los procedimientos penales tienen primacía en el tiempo, los Tribunales de Irlanda han concluido que corresponde al solicitante demostrar que existe un riesgo real de perjuicio para el acusado antes de que se conceda un aplazamiento.

También es relevante, en mi opinión, para el ejercicio por parte del tribunal de su discreción en una solicitud como la presente, el hecho de que está claro en la Ley de 1996 sobre el producto del delito, que se prevé que habrá procedimientos civiles y penales relacionados con las mismas actividades en existencia al mismo tiempo. En consecuencia, existen importantes razones de orden público, en mi opinión, por las que los procedimientos civiles, como los que emanan del art. 3 de la ley, no deberían aplazarse hasta la resolución de cualquier procedimiento penal relativo a las mismas actividades.

En segundo lugar, el juez del Tribunal Superior consideró correctamente la forma en que el procedimiento del artículo 3 podría afectar al procedimiento penal y, a fin de reducir cualquier riesgo innecesario de perjuicio para la Sra. Connors, dio una serie de instrucciones de conformidad con las disposiciones de la Ley de 1996 que redundaron en su beneficio. Tras señalar que las declaraciones juradas de la Sra. Connors no podían admitirse en el procedimiento penal, ordenó que las pruebas aportadas en el procedimiento del artículo 3 no fueran admisibles en el procedimiento penal. También

¹⁸⁷ <https://www.gov.uk/government/publications/the-proceeds-of-crime-act-section-2a/the-proceeds-of-crime-act-section-2a-accessible-version>

*ordenó que el procedimiento de la sección 3 se celebrara a puerta cerrada e impuso restricciones a la presentación de informes, tal como se había aconsejado anteriormente.*¹⁸⁸

¿Existen prohibiciones para tramitar simultáneamente procedimientos de decomiso y fiscales?

Aunque no existen limitaciones legales, los tribunales se asegurarán de que los procedimientos contemporáneos se lleven a cabo de manera que se garantice adecuadamente la capacidad del demandado para litigar en ambos procedimientos. A modo de ejemplo, un acusado sometido a un procedimiento fiscal alegó que no podía declarar los impuestos adeudados porque todos sus fondos estaban congelados en virtud de la Ley sobre el producto del delito (Ley POC). El tribunal, tras considerar detenidamente las implicaciones, señaló otras disposiciones de la ley POC que podrían haber proporcionado soluciones efectivas. Podría haber presentado una solicitud en virtud de la Sección 2(3) para demostrar que los fondos no eran producto del delito, luego tener acceso a los fondos y después poder utilizarlos para pagar el impuesto adeudado. Alternativamente, podría haber argumentado que las palabras "gastos necesarios", de conformidad con el artículo 6, también incluyen las cantidades adeudadas y pagaderas en virtud de una obligación legal. Esto habría incluido la posibilidad de pagar impuestos con el dinero congelado.¹⁸⁹

¿Es posible congelar bienes en espera de la resolución de un procedimiento de recaudación de impuestos?

En las jurisdicciones de derecho anglosajón, para obtener una medida cautelar Mareva basta con demostrar que el demandante tiene un caso con argumento y que existen pruebas de una posible intención de emprender acciones destinadas a frustrar las órdenes posteriores del tribunal.¹⁹⁰

Aunque se reconoce que los poderes de la Agencia Tributaria se derivan de la ley, se trata de una cuestión de acceso al Tribunal Superior y de si éste es competente. Lo es.

*En ausencia de una autoridad explícita y clara, considero que cuando un demandante que tiene una autoridad legal para iniciar un procedimiento mediante una citación plenaria invoca la jurisdicción de este tribunal, se invoca la plena jurisdicción del Tribunal Superior y, como ya he indicado en mi opinión, esa jurisdicción incluye la facultad de interponer una medida cautelar Mareva.*¹⁹¹

¿Constituye el cálculo de las liquidaciones tributarias, que realiza un inspector de la autoridad fiscal y no los tribunales, una administración de justicia, que en Irlanda es competencia exclusiva de los tribunales?

Esta cuestión se había resuelto con arreglo a la legislación fiscal general, antes de la creación de la Oficina de Justicia Penal. Los tribunales han concluido que la autoridad fiscal no está ejerciendo una

¹⁸⁸

https://www.courts.ie/acc/alfresco/dfc4fa9c-b7db-41d3-aa56-a6b6befb48c4/2018_IECA_371_1.pdf/pdf#view=fitH

¹⁸⁹ Oficina de Activos Criminales contra John Kelly: Corte Suprema: Murray J: 10 de octubre de 2002

¹⁹⁰ Fleming contra Ranks 1983

¹⁹¹ Fleming contra Ranks 1983

¹⁹¹ Oficina de Activos Criminales contra McSweeney: O'Sullivan J.: 11 de abril de 2000

controversia judicial contraria al artículo 34 de la Constitución y que su naturaleza cuasi judicial estaba permitida en virtud del artículo 37.¹⁹²

La evaluación es una función puramente administrativa, no de administración de justicia. Si el contribuyente, por su propia inacción, permite que se efectúe la liquidación, no podrá negar su exactitud. La naturaleza central del impuesto es evaluar, en el sentido de calcular o computar el importe teniendo en cuenta la información facilitada: No presupone un litigio.¹⁹³

La aplicación de estos principios en la persecución del producto del delito por parte de la CAB puede demostrarse con la siguiente cita judicial:

Por lo tanto, una notificación de embargo puede referirse a cualquier tipo de fondos, independientemente de que sean o no producto del delito, siempre que se trate de una deuda contraída por el sujeto pasivo.

Simplemente se pide al tribunal que examine si las liquidaciones son arbitrarias y, en consecuencia, ultra vires del Inspector, en consonancia con Duighnan -c- Hearne, ya que el tribunal no puede actuar mediante un recurso contra la liquidación. En esa medida, la opinión que el tribunal adopte de las pruebas aportadas sobre esta cuestión en cuanto a si se falta a la verdad es irrelevante. Las evaluaciones fueron, por supuesto, en cierto sentido arbitrarias, pero no había alternativa, ya que el demandante no se había comprometido con el proceso. En tales circunstancias, de acuerdo con el juez Murphy en los casos Duighan y Hearne, debe utilizar su mejor criterio basándose en la información de que disponga. Por lo tanto, sobre la base de las pruebas utilizadas, la demandante no ha logrado convencerme de que las evaluaciones sean arbitrarias.¹⁹⁴

Sin embargo, los tribunales han sostenido que un Comisario de Recursos debe actuar con criterio y han devuelto un caso solicitando que se reconsidere una denegación de aplazamiento.¹⁹⁵

¿Es efectivo?

Un indicio de su efectividad puede verse en el siguiente comunicado de prensa emitido por el ministro de Justicia con motivo de la publicación del informe anual de la Oficina de Activos Criminales, en 2021.

Entre 1996 y 2021, se devolvieron al Tesoro Público 204 millones de euros. Esto abarca 165 millones de euros en liquidaciones de ingresos, 6 millones de euros en recuperaciones de la Seguridad Social y 33 millones de euros en productos del delito. La Oficina ilustra su compromiso de perseguir a los grupos delictivos organizados y a los individuos con casi 170 millones de euros en bienes que han sido llevados ante los tribunales en más de 360 casos de productos del delito. En 2021, la Oficina de Activos Criminales devolvió al Tesoro Público más de 5,5 millones de euros. Esto abarca 4,4 millones de euros

¹⁹² Cacul -c- Autoridades fiscales: 1979

¹⁹³ Duighnan -c- Hearne: Murphy J. (Finlay J.): 1990.

¹⁹⁴ Anthony Sloan -c- Oficina de Activos Criminales: Sentencia Finnegan J.: 10 de octubre de 2005.

¹⁹⁵ Christopher Griffin -c- CAB: Revisión judicial 2005

*en liquidaciones de ingresos, 0,364 millones de euros en recuperaciones de la Seguridad Social y 1,14 millones de euros en productos del delito.*¹⁹⁶

A pesar del acceso a un recurso de decomiso sin condena radical (la Ley de 1996 sobre el producto del delito), la utilización del código fiscal ha demostrado ser más eficaz sobre la base de los ingresos devueltos al tesoro público.

6.9. La necesidad de una condena: ¿el decomiso es una sanción penal?

Dadas las consideraciones constitucionales planteadas en este documento, resulta útil examinar la naturaleza de las órdenes de decomiso como sanción o recurso de reparación o desinversión.

Cualquier análisis en profundidad de este tema sería una tarea extensa, que requeriría la consideración de una perspectiva histórica y la identificación de líneas comunes dentro de la amplia gama de recursos utilizados en el contexto moderno, desde el decomiso por valor, el decomiso ampliado hasta el decomiso sin condena. Esta no es la función de este informe. Sin embargo, incluso desde una consideración periférica, el grupo observa que un marco legislativo nacional que utiliza el decomiso como forma de reparación, centrándose en el despojo del beneficio ilícito y respetando al mismo tiempo el principio de proporcionalidad, tiende a proteger dicho marco de las críticas judiciales y académicas con respecto al respeto de los principios estándar de los derechos humanos fundamentales.

Durante sus deliberaciones, el grupo consideró beneficioso estudiar la forma en que ciertas jurisdicciones analizan la naturaleza de una orden de decomiso. A este respecto, observamos un cambio gradual, consciente o no, desde su imposición como sanción/penalización hacia un enfoque cada vez más centrado en la reparación (o, en el caso italiano, como "medida preventiva").

Esta última percepción tiene algunas ventajas. Si la imposición de una orden de decomiso se considera una sanción, entonces el análisis de sus componentes se asemeja más a un proceso penal, por lo que se desprenden los requisitos implícitos en el principio de "presunción de inocencia". Si, por el contrario, su imposición se centra en la reparación, es decir, en un análisis estricto del beneficio/ganancia obtenida directamente de la actividad delictiva, bienes/bienes a los que el demandado no tiene derecho moral o legal, entonces su imposición no puede considerarse una sanción o castigo. Obsérvese al profesor Michele Simonato a este respecto:

"Además de las normas que protegen el derecho a la propiedad (y, en menor medida, el derecho a la intimidad), ¿existen otros parámetros/normas que deba cumplir el decomiso? ¿Existen normas que impidan que se imponga el decomiso sin que vaya acompañado de una condena por delito? La respuesta a estas preguntas exige abordar la cuestión, ampliamente debatida, de la naturaleza del decomiso. ¿Es el decomiso una sanción? El problema que se plantea puede describirse de manera sencilla: si el decomiso debe considerarse como una sanción por un comportamiento delictivo, de ello se deduce que debería entonces respetar los numerosos principios relativos a la aplicación de las sanciones penales, partiendo de un principio de legalidad más estricto. Además, se hace aplicable el

¹⁹⁶

<https://www.cab.ie/cab-annual-report-2021/#:~:text=Between%20the%20years%201996%20to,million%20in%20proceeds%20of%20crime.>

principio de legalidad, así como un fuerte principio de proporcionalidad y las salvaguardias de la justicia penal, que incluyen la presunción de inocencia con sus corolarios (incluida la norma de condena sólo más allá de toda duda razonable) y fuertes derechos de participación. Por el contrario, si el decomiso no puede considerarse una pena, entonces el principio de legalidad es menos estricto, el principio de proporcionalidad de la medida se vuelve menos estricto y las garantías aplicables no tienen por qué ser las que se aplican en materia penal, sino que pueden ser las del ámbito civil/administrativo del Derecho. Esto significa que la decisión puede basarse en un equilibrio de probabilidades y pueden utilizarse presunciones, que los derechos de la defensa son de menor importancia y similares" ¹⁹⁷

Ya en 1991, la Comisión de reforma legislativa de Irlanda consideraba el decomiso como un castigo, como se señala más adelante en su informe:

*"Una mayoría de la Comisión considera que el decomiso es una pena en la medida en que el procedimiento hace que el delincuente contribuya con el Estado a mejorar la ofensa que ha causado a la sociedad con sus actividades. La retención del producto es legal en primer lugar y no existe paralelismo con la restitución de bienes robados, ya que decomiso no es lo mismo que restitución. Sería esencial que la legislación respetara los criterios constitucionales de proporcionalidad mencionados por el Henchy J, pero éstos no plantearían ningún problema. La Comisión recomienda que, en relación con los delitos especialmente graves que causan un gran daño a la sociedad, exista un procedimiento de decomiso de los bienes de un delincuente que haya sido condenado por ese tipo de delito. El principio de proporcionalidad significa que no se debe imponer a un acusado condenado una pena severa que no guarde proporción con el delito que ha cometido. La presunción que estamos planteando, a saber, que un acusado condenado por uno de estos delitos que posee bienes sustanciales los ha adquirido mediante actividades similares, implica que debe haber estado implicado en otro delito grave. Siendo este el caso, no vemos cómo una Orden de Decomiso muy sustancial causaría una dificultad de proporcionalidad".*¹⁹⁸

Esta cuestión fue considerada por el TEDH en 1995 al examinar una orden de decomiso ampliada, que presumía que las ganancias obtenidas con anterioridad a la promulgación de la legislación pertinente se habían obtenido en el transcurso de una conducta delictiva y, por lo tanto, incluyó dichas ganancias en su orden final.

"A este respecto, las órdenes de decomiso se han caracterizado en algunas resoluciones judiciales del Reino Unido por constituir "penas" y en otras por perseguir un objetivo de reparación en contraposición a un castigo.

No obstante, hay varios aspectos de la adopción de una resolución con arreglo a la Ley de 1986 que se ajustan a la idea de sanción tal como se entiende comúnmente, aunque también puedan considerarse esenciales para el régimen preventivo inherente a la Ley de 1986. Las amplias suposiciones legales del artículo 2(3) de la ley de 1986 de que todos los bienes que pasen por las manos del delincuente durante

¹⁹⁷ Simonato, M., "Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domain" (Decomiso y derechos fundamentales a través de ámbitos penales y no penales), ERA Forum 18, 2017, 365-379

¹⁹⁸ Comisión de Reforma Legislativa de Irlanda, *Report on the confiscation of the proceeds of crime* (Informe sobre el decomiso del producto del delito), 1991.

un período de seis años son fruto del tráfico de drogas, a menos que pueda demostrar lo contrario el hecho de que la orden de decomiso se dirija a las ganancias obtenidas en el tráfico de drogas y no se limite al enriquecimiento o beneficio real; la discreción del juez de primera instancia, a la hora de fijar la cuantía de la orden para tener en cuenta el grado de culpabilidad del acusado; y la posibilidad de encarcelamiento en caso de incumplimiento del pago por parte del delincuente son todos ellos elementos que, considerados en conjunto, proporcionan una fuerte indicación de, entre otras cosas, un régimen de castigo".¹⁹⁹

El tribunal consideró fundamental la distinción entre "reparación" y "sanción". La combinación de los supuestos legales, la ausencia de una limitación al beneficio real, la consideración del grado de culpabilidad y la posibilidad de encarcelamiento contenían ingredientes más cercanos a un juicio penal, y la consiguiente prohibición de legislación penal retroactiva contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una legislación similar promulgada por el Reino Unido ha sobrevivido a posteriores impugnaciones en el TEDH, principalmente porque la emisión de tales órdenes de decomiso ampliadas se considera ahora "parte del proceso de imposición de penas".²⁰⁰

Obsérvese también la devolución en "Phillips c RU"²⁰¹ (ya comentado), donde el TEDH concluyó que la referencia a otras conductas delictivas en el decomiso ampliado "no era la condena o absolución del solicitante por cualquier otro delito relacionado con las drogas", sino "permitir al tribunal nacional evaluar la cantidad en la que debía fijarse adecuadamente la orden de decomiso". La referencia a otros delitos era simplemente un criterio por el que se determinaba el alcance de la orden de decomiso, que operaba en la fase de sentencia (para los delitos juzgados), pero que no representaba una nueva acusación por los otros delitos no juzgados supuestamente cometidos por el condenado. Así pues, el artículo 6, apartado 2, del TEDH no era aplicable.

A modo de ejemplo, podríamos considerar que el proceso que se aplica en Irlanda es un régimen algo similar al del Reino Unido:

Decomiso estándar basado en condena:

- El director del Ministerio Público podrá solicitar a un tribunal una orden de decomiso en relación con cualquier delito grave,
- pero sólo tras la condena y la sentencia.
- El tribunal debe examinar en primer lugar si el interesado se ha beneficiado del delito por el que ha sido condenado
- El tribunal está facultado para ordenar el pago al Estado de dicho beneficio
- El beneficio se define como el valor de cualquier bien recibido como resultado de ese delito o en relación con él

¹⁹⁹ *Welch c. el Reino Unido* - sentencia n. [17440/90](#) Sentencia 9.2.1995.

²⁰⁰ *Grayson & Barnham c. Reino Unido*, Sentencia n. 19955/05 y 15085/06, 23 de septiembre de 2008

²⁰¹ TEDH, *Phillips c. el Reino Unido*, sentencia 41087/98, 5 de julio de 2001.

- La orden de decomiso debe limitarse a la cantidad que el tribunal considere que puede percibirse (es decir, que el interesado puede pagar realmente).
- el estándar probatorio para determinar cualquier cuestión que surja sobre si la persona se ha beneficiado y la cantidad que podría ser percibida es el aplicable en los procedimientos civiles
- A pesar de esta valoración civil, el proceso está definido por ley como parte del procedimiento penal, ya que dicho procedimiento no finaliza hasta que la orden de decomiso haya sido satisfecha (pagada).
- En caso de que el interesado no satisfaga (pague) la orden de decomiso, se le impondrá automáticamente una pena de prisión según una escala móvil en la que cuanto mayor sea el importe pendiente, mayor será el período de privación de libertad. Esta pena es totalmente independiente de cualquier pena aplicada por la comisión del delito en sí.

Decomiso ampliado basado en condena:

- El decomiso ampliado sólo se aplica a delitos específicos, en un principio sólo al tráfico de drogas, pero posteriormente se amplió a delitos como la trata de seres humanos y el lavado de activos, en consonancia con los requisitos de la UE.
- Tras la condena y la sentencia, el tribunal debe evaluar si la persona se ha beneficiado del tráfico de drogas en general, sin limitarse al delito específico por el que ha sido condenada.
- El tribunal no está obligado a seguir adelante si, tras un examen preliminar, queda claro que la cantidad que podría recuperarse no justificaría la emisión de una orden.
- Aunque existe una presunción refutable de que cualquier bien que posea el acusado, o cualquier gasto que haya realizado, durante los seis años anteriores constituye una ventaja económica derivada de la conducta relevante, el tribunal no aplicará la presunción si hacerlo creara una injusticia.
- Si bien incumbe al Estado satisfacer al tribunal en cuanto a la magnitud del beneficio económico del demandado, corresponde a éste justificar la reducción sobre la base de cuánto se puede percibir.²⁰²

Por las razones que se exponen a continuación, se sugiere que se haya hecho un esfuerzo importante en la redacción de esta legislación para garantizar que la orden de decomiso se centre en la reparación y no constituya una sanción:

- La evaluación sólo tiene lugar tras la condena y la sentencia. En consecuencia, ya se ha evaluado y aplicado la sanción aplicable a la probabilidad moral del delito en sí.
- Al dictar la orden de indemnización, el tribunal puede tener en cuenta el efecto de la condena ya impuesta.

²⁰² DPP c Morgan; Hedigan J.; julio de 2018. También R v Barwick (2001) CAR 129. Pág. 445.

- La orden de decomiso se limita a los "beneficios económicos" generados por la actividad delictiva.
- La orden de decomiso se limita además a la cantidad que pueda percibirse, es decir, que esté a disposición de la persona en el momento de dictar la orden para permitirle cumplir la orden de decomiso. En resumen, no puede dictarse ninguna orden de decomiso en circunstancias en las que el condenado no pueda pagarla.

Sin embargo, a pesar de que el proceso se define como parte del proceso penal y precedido de un juicio en el que se aplicarían todos los ingredientes de la "presunción de inocencia", **hay elementos que no encajan fácilmente con el concepto de juicio penal**, como que la determinación de los hechos se haga sobre el estándar probatorio civil, la inclusión de ciertas presunciones y la posibilidad de que la orden tenga efectos retroactivos. Y lo que es más importante, la falta de pago conlleva penas de prisión.

Tanto las autoridades judiciales como los comentaristas académicos han reconocido que el proceso de reparación, la extracción a una persona del producto de una conducta delictiva, no es en sí mismo una sanción y, en consecuencia, no es un "juicio" penal al que deban concurrir las protecciones implícitas en la "presunción de inocencia". Pero aquí hay una delgada línea para evitar que la orden se desvíe de una mera reparación de los beneficios de la conducta delictiva hacia algo mayor, que constituya en última instancia una pena/sanción.

La definición del "**beneficio**" en el decomiso, el valor de la ventaja pecuniaria derivada como resultado de la comisión del delito, es lo suficientemente amplia como para garantizar un análisis preciso del beneficio y evitar así desviarse hacia el ámbito de la posible sanción. Se complica un poco más cuando se trata de tráfico de drogas, donde el beneficio se define como la suma de cualquier pago u otra recompensa recibida por una persona en cualquier momento en relación con el tráfico de drogas, junto con la presunción de que cualquier bien en manos del acusado, o cualquier gasto realizado por el acusado, durante los seis años anteriores constituye una ventaja económica derivada de la conducta relevante. Aplicar esta definición de forma estricta puede suponer ignorar la realidad comercial de la empresa de tráfico de drogas, definiendo de hecho el volumen de negocios como puro beneficio. Las salvaguardas legales son que la presunción es refutable, se presume por el demandado, y el tribunal no necesita dictar ninguna orden que considere "injusta".

En cuanto a la **imposición de una nueva pena de prisión por falta de pago**, cualquier preocupación de que la posible pena de prisión por la falta de pago de la orden pueda constituir una nueva sanción en sí misma, ignora el hecho de que la orden de decomiso se limita a lo que el acusado puede hacer efectivo, lo que hace que dicha pena tenga más el carácter de un desacato al tribunal por la falta de pago de una deuda que el tribunal ya ha evaluado como susceptible de pago.

Lo que el Estado no puede hacer es tratar de utilizar el proceso de la orden de decomiso para conseguir lo inalcanzable, es decir, recuperar de un narcotraficante condenado el dinero que, por la razón que sea, ya no posee.²⁰³

Este enfoque refleja el derecho consuetudinario en materia de cobro de deudas en general.

²⁰³ DPP c. Izundu, [2011] IECCA 82.

Existe una línea de autoridad en el Reino Unido que aplica el principio de "proporcionalidad" a la evaluación del "beneficio" a la hora de dictar una orden de decomiso. En un ejemplo concreto, relativo a un fraude hipotecario, la orden inicial se redujo significativamente en apelación al excluir el beneficio teórico que se habría obtenido legítimamente de no haberse perpetrado el engaño.²⁰⁴ Sin embargo, este principio no impide que el tribunal dicte ocasionalmente una orden de decomiso en circunstancias en las que los bienes del acusado no son inmediatamente identificables pero, tras un análisis de sus transacciones financieras, como sus cuentas bancarias, se descubre que dispone de ellos aunque "ocultos" a los tribunales. La orden obliga efectivamente al demandado a colaborar con el tribunal para identificar estos bienes o a liquidarlos él mismo para liberarse de la orden de decomiso.

También cabe plantearse **si las órdenes de decomiso deben tenerse en cuenta durante el proceso de imposición de la pena**. En este contexto, también puede ser importante distinguir el proceso de imposición de penas de la emisión de la orden de decomiso, siendo el primero la aplicación de una sanción por la reprochabilidad moral del delito en sí, mientras que el segundo se limita a la reparación de los bienes obtenidos ilegalmente. En ocasiones puede resultar difícil desde un punto de vista práctico divorciar ambas cuestiones, especialmente en procedimientos administrativos en el marco de la legislación medioambiental o de competencia. Una vez más, las opiniones de la Comisión de Reforma Legislativa de Irlanda pueden ser esclarecedoras;

La siguiente cuestión que se plantea es si la medida de decomiso impuesta debe tenerse en cuenta a la hora de dictar sentencia. El peligro es que, de hacerlo, se introduciría un sistema de "pagar para salir de la cárcel". Aunque una orden de decomiso, como hemos señalado, tendrá carácter punitivo en algunos casos, su objetivo no es primordialmente punitivo. Como ocurre con cualquier orden de tipo decomiso, incluidas las que ya están en uso, el objetivo es o bien restituir la propiedad a aquellos a quienes pertenece o bien privar al acusado de una propiedad que no tendría de no ser por alguna actividad delictiva. La mayoría de la gente no vería ninguna injusticia en imponer una pena de prisión o una multa además de ordenar el decomiso del producto del delito. La privación del bien en sí misma difícilmente sería un castigo que normalmente disuadiría de la repetición del delito o a otros posibles delincuentes de cometerlo. No se puede sugerir de forma plausible, por ejemplo, que el decomiso de bienes robados sea una pena satisfactoria para el delito de hurto o robo. El hecho es que la incautación o el decomiso de cualquier bien no se ve comúnmente como castigo principal por el delito y, por lo tanto, se pensará, en general, que es deseable la imposición además de una sentencia convencional. Es cierto que el Informe del Comité Hodgson sobre los beneficios del delito y su recuperación en el Reino Unido sugería que las órdenes de pago de dinero se tuvieran en cuenta a la hora de determinar la pena. Pero muchos considerarían que esto permitiría a los delincuentes librarse del castigo por el delito. La Comisión comparte esta opinión. De ello se desprende que cualquier orden de decomiso dictada no debe tenerse en cuenta a la hora de imponer la pena.²⁰⁵

Dado que muchos de los procesos legislativos vigentes en las jurisdicciones de derecho anglosajón establecen que la condena precede a la consideración de una orden de restitución o decomiso, y dado

²⁰⁴ R c. Waya, [2012] UKSC 51

²⁰⁵ Supra n. 198.

que el tribunal tiene derecho a tener en cuenta la condena ya impuesta al dictar dichas órdenes, por lo general se abordarán las preocupaciones planteadas anteriormente.

6.10. Procedimientos penales y civiles contemporáneos

Desde una perspectiva constitucional, el grupo de expertos observó que una ventaja a favor del modelo penal, frente al decomiso sin condena o el uso del código fiscal, era evitar que un acusado/inculpado tuviera que defender simultáneamente una multiplicidad de procedimientos, y el posible perjuicio que esto podría causar. En general, la consideración de una orden de decomiso sólo se plantea en el modelo penal tras la condena, mientras que otros modelos dejan abierta la posibilidad de que distintos tribunales, con distintas jurisdicciones/funciones, tengan que considerar los mismos hechos, lo que podría dar lugar a sentencias contradictorias o perjudicar la capacidad de un acusado para defender un proceso penal.

Mientras que la primacía del juicio penal, el principio de "*le criminel tient le civil en l'état*",²⁰⁶ ha encontrado favor en algunas de las jurisdicciones continentales, las jurisdicciones de derecho anglosajón generalmente exigen que un acusado/demandado demuestre un perjuicio claro antes de que los procedimientos civiles se aplacen a la espera de la resolución de un juicio penal.

"Como el demandante no podía haber obtenido una orden de aplazamiento del proceso penal hasta la terminación de la acción civil, tampoco puede exigirse que la vista de la acción civil espere a la conclusión del proceso penal. No se cuestiona ninguna consideración de orden público".²⁰⁷

Como se ha señalado anteriormente, los Tribunales irlandeses han subrayado la importancia de proteger el derecho del demandante a obtener una resolución oportuna en sus procedimientos civiles y han confirmado que la carga de la prueba recae en el solicitante, que pretende aplazar el procedimiento civil para esperar el resultado del procedimiento penal, para demostrar que existiría un riesgo real de perjuicio o injusticia si se permitiera que el asunto civil siguiera adelante. Cada caso debía juzgarse en función de sus propios hechos para evaluar si existía un peligro real de causar una injusticia en el proceso penal permitiendo que avanzara el proceso civil.

"Por lo tanto, parece que no existe una regla de oro sobre cómo deben desarrollarse los procedimientos civiles y penales simultáneos derivados del mismo asunto. Es evidente que corresponde a la parte que solicita la suspensión del procedimiento civil establecer los motivos necesarios para que el tribunal pueda hacerlo. A la hora de realizar tal evaluación, el tribunal debe, por un lado, reconocer debidamente la importancia de permitir al demandante o a la otra parte actora en el procedimiento civil lograr una resolución oportuna de dicho procedimiento y obtener el beneficio de cualquier orden que pudiera ser apropiada. Por otra parte, el tribunal debe sopesar en qué medida puede existir un riesgo real de perjuicio para el proceso penal. Estoy convencido de que, al considerar esta última cuestión, el tribunal debe intentar analizar la probabilidad de que se produzca tal perjuicio y tener en

²⁰⁶ Antiguo principio en derecho francés, no aplicable desde la ley 2007-291 de 5 de marzo de 2007.

²⁰⁷ Dillon c. Tiendas Dunnes [1996] Corte Suprema, I.R. 397; O'Dálaigh C.J

cuenta en qué medida las medidas que se adopten en el proceso penal pueden minimizar o atenuar los perjuicios que puedan surgir".²⁰⁸

"Del mismo modo, es común entre las partes que cada solicitud de aplazamiento de un procedimiento de naturaleza civil pendiente de la resolución de un procedimiento penal debe determinarse en sus propios hechos, que la carga de la prueba recae sobre el solicitante, que debe demostrar que existe un riesgo real de perjuicio o injusticia si prosigue el recurso fiscal".²⁰⁹

Al tratar las solicitudes de decomiso sin condena en Irlanda, los tribunales han observado que en un porcentaje significativo de las solicitudes presentadas por la Oficina de Activos Criminales en virtud del artículo 3 de la Ley de Productos del Delito coexisten procedimientos penales. Por lo tanto, si los demandados pudieran mantener legítimamente el derecho a que se suspendiera este procedimiento a la espera del resultado del juicio penal, todos los demandados en circunstancias similares gozarían de un derecho similar, lo que ralentizaría considerablemente la administración de justicia. Dicho esto, se ha hecho hincapié en la responsabilidad de un tribunal civil de considerar en qué medida, en el curso del procedimiento civil propuesto, el juez podría, en virtud de cualquier disposición legal pertinente o de otro modo, estar en condiciones de minimizar, mejorar o salvaguardar aún más al solicitante de cualquier posible perjuicio en el procedimiento penal.

A modo de ejemplo, un juez del Tribunal Superior, al denegar un aplazamiento en el reciente caso Connors contra la Oficina de Activos Criminales,²¹⁰ se pronunció sobre la forma en que se llevarían a cabo los procedimientos de la Oficina de Activos Criminales a fin de proteger contra cualquier perjuicio que pudiera producirse al permitir que dichos procedimientos se determinaran antes de un juicio penal en curso. Para garantizar que no se menoscababa el derecho del acusado a no autoincriminarse, no sólo señaló que todas las declaraciones juradas presentadas en el procedimiento civil eran por ley inadmisibles en el juicio penal, sino que dictó resoluciones que determinaban que cualquier otra prueba aportada en el curso del juicio civil sería también inadmisibile. Además, ordenó que el juicio civil se celebrara "a puerta cerrada" para evitar cualquier posible perjuicio derivado de la publicación de las actuaciones civiles. El Tribunal de Apelación, al negarse a anular dicha denegación de aplazamiento, señaló:

La jueza del Tribunal Superior, en el transcurso de su sentencia, fue incluso más allá con el fin de proteger a la Sra. Connors de cualquier perjuicio potencial, ya que ordenó que no sólo cualquier declaración jurada por ella de conformidad con el artículo 9 no sería admisible en el proceso penal, sino que también ordenó que "cualquier prueba" aportada en el transcurso del procedimiento del artículo 3 no sería admisible en el proceso penal. Lo hizo por la razón declarada de tratar de proteger a la Sra. Connors de cualquier posible perjuicio que pudiera surgir para ella en su proceso penal si ocurría que iba a ser interrogada sobre su declaración jurada en el curso del proceso de la CAB y su prueba pretendía ser introducida en el proceso penal. Además, la jueza del Tribunal Superior dio instrucciones para que las disposiciones del artículo 8(3) y (4) de la Ley de 1996 se aplicaran en los procedimientos de la CAB y que estas instrucciones tendrían el efecto de proteger a la Sra. Connors de perjuicios en el contexto de

²⁰⁸ Wicklow Co. Council c. O'Reilly [2006] 3 I.R. 623; Clerk J

²⁰⁹ C.G. c. Comisario de Recursos [2005] 2 I.R. 223; Finlay Geoghegan J.

²¹⁰ Oficina de Activos Criminales contra Margaret Connors, [2018] IECA 371

sus procedimientos penales. El procedimiento de la CAB se celebraría a puerta cerrada y ella ordenaría que se prohibiera la publicación de cualquier información relacionada con la solicitud.

Así, aunque los tribunales suelen ser lentos a la hora de conceder un aplazamiento, son conscientes de un posible perjuicio y llevarán a cabo los procedimientos civiles de manera que se protejan los derechos de un acusado en un juicio penal. Este enfoque coordinado y consolidado puede servir para evitar las críticas a la aplicación de los recursos sin condena y recaudación fiscal.

7. Otras herramientas para la divulgación de patrimonio no justificado

7.1. Divulgación forzosa

La divulgación forzosa es un mecanismo mediante el cual las autoridades pueden obligar a las personas a proporcionar información sobre su situación financiera, incluidos los orígenes de su patrimonio y las fuentes de ingresos utilizadas para adquirir o disfrutar de dicho patrimonio. Esta autoridad puede invocarse durante una investigación para obligar a las personas a presentar una declaración jurada que contenga detalles exhaustivos sobre su patrimonio, incluido un inventario completo de sus bienes y los medios por los que se adquirieron dichos bienes. Es importante señalar que el incumplimiento de estas peticiones da lugar a sanciones automáticas.

Por ejemplo, según la Ley de Prevención de la Corrupción de Brunei Darussalam,²¹¹ que engloba la legislación sobre enriquecimiento ilícito del país, un fiscal está facultado para expedir una notificación escrita a las personas sospechosas de enriquecimiento ilícito:

"23A. (1) En el curso de cualquier investigación o procedimiento relativo a un delito presunta o supuestamente cometido por cualquier persona en virtud de la presente Ley o de los artículos 161 a 165 o 213 a 215 del Código Penal (Capítulo 22) o una conspiración para cometer, o un intento de cometer, o una instigación a cometer tal delito, el Fiscal podrá, no obstante, cualquier disposición en contrario de cualquier otra ley escrita, mediante notificación escrita:

- a) exigir a cualquiera de dichas personas que presente una declaración legal o, según estime conveniente el Fiscal, una declaración por escrito en la que se enumeren todos los bienes muebles o inmuebles que pertenezcan o posea dicha persona y el cónyuge, los padres o los hijos e hijas de dicha persona, y en la que se especifique la fecha en que se adquirió cada uno de los bienes enumerados, ya sea mediante compra, donación, legado, herencia o de otro modo; [...]

(2) Toda persona a la que el Fiscal envíe una notificación en virtud del apartado (1) de este artículo deberá, a pesar de las disposiciones de cualquier ley escrita o cualquier juramento de confidencialidad en sentido contrario, cumplir con los términos de dicha notificación en los plazos que se especifiquen en la misma, y cualquier persona que deliberadamente omita o incumpla dicha obligación será culpable de un delito: Pena, multa de \$5.000 y un año de prisión".

Tales disposiciones, que imponen sanciones al acusado que se niega a revelar información potencialmente incriminatoria en investigaciones penales, se enfrentarían a importantes retos en otras jurisdicciones, ya que podría decirse que violan el derecho a no autoincriminarse. En el curso de una

²¹¹ Ley de Prevención de la Corrupción de 1982, modificada por última vez en 2010.

de las primeras solicitudes de DSC (POCA) en Irlanda, el juez expresó su preocupación por el hecho de que la naturaleza obligatoria de una declaración jurada de revelación similar pudiera violar el derecho al silencio del demandado, negándose a dictar la orden sin el compromiso del director del Ministerio Público de que la declaración jurada no se utilizaría en ningún procesamiento posterior. La legislación posterior ha abordado esta cuestión (véase el apartado 0).

Asimismo, en Níger, el Tribunal Constitucional invalidó parcialmente la *Ordonnance no. 92-024 du 18 Juin 1992 portant répression de l'enrichissement illicite* por considerar inconstitucionales algunas de sus disposiciones. En efecto, en virtud de las disposiciones en cuestión, una persona acusada de un delito de enriquecimiento ilícito²¹² estaba obligada, a petición del fiscal, a revelar la amplitud y el origen de su patrimonio. El incumplimiento desencadena una presunción de culpabilidad por la que se presume que el acusado ha cometido el delito, salvo que demuestre lo contrario.²¹³ Al revisar la ley, el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

"Considerando que el artículo 4 de la orden impugnada obliga a toda persona implicada en una investigación por enriquecimiento ilícito a revelar al Ministerio Público, a petición de éste y en el plazo que fije, la situación de su patrimonio y la forma en que se constituyó, así como la naturaleza y el importe de sus ingresos; a falta de respuesta, o en caso de respuesta inexacta o incompleta o de respuesta incompleta a la solicitud del Ministerio Público, el artículo 5, apartado 1, de la citada orden establece que se presume la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, salvo prueba en contrario aportada por el acusado;

Considerando que, en virtud del párrafo 1 del artículo 17 de la Constitución y del artículo 11-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "toda persona acusada de delito se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida en un juicio público en el que se le hayan ofrecido todas las garantías necesarias para su libertad"; que el artículo 7-b de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad por un tribunal establecido por un órgano jurisdiccional competente";[...].

Considerando que el principio de presunción de inocencia no impide al legislador establecer presunciones de hecho o de derecho en materia penal, siempre que tales presunciones no sean irrefutables, se garantice el respeto del derecho de defensa y los hechos sugieran razonablemente la imputabilidad;

Considerando que el respeto a los derechos de la defensa consagrados en los artículos 17 párrafo 1 de la Constitución, 11-1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7-c del Pacto Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos implica, en materia penal, la existencia de un procedimiento justo y equitativo que garantice el equilibrio de los derechos de las partes;

²¹² El artículo 1 de la Ordenanza establece que "El delito de enriquecimiento ilícito queda constituido cuando se comprueba que una persona posee bienes o lleva un modo de vida que no puede justificarse por sus ingresos lícitos" y, según el artículo 9 del mismo instrumento "Toda persona declarada culpable del delito de enriquecimiento ilícito será castigada con una pena de prisión de entre tres y menos de diez años y una multa de una cuantía por lo menos igual a la suma en que el culpable se haya enriquecido ilícitamente, y como máximo el doble de esta suma, o una de estas dos penas solamente".

²¹³ Artículo 5, *ibid.*

Considerando que el artículo 4 de la orden impugnada, en virtud de las obligaciones que impone al inculcado y de las consecuencias que de ella se extraen por el artículo 5, apartado 1, en caso de incumplimiento, obliga al acusado a participar en el proceso; el derecho del acusado a no autoincriminarse es un corolario de los derechos de la defensa; [...]

Considerando que, al no estar garantizados los derechos de la defensa, el legislador no podía derogar la presunción de inocencia sin infringir lo dispuesto en el artículo 17, apartado 1, de la Constitución, en el artículo 11-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7-b de la Carta Africana de Derechos Humanos; que los artículos 4 y 5, apartado 1, de la orden recurrida deben ser declarados contrarios a las citadas disposiciones; [...].

[El Tribunal d]eclara inconstitucionales los artículos 4, 5 párrafo 1[...]"²¹⁴

Es interesante comparar esta decisión con los fundamentos expuestos en el apartado anterior, 6.3.2 en particular en lo que respecta al umbral de la acusación, ya que, en este caso, la carga de la acusación equivalía a una mera formalidad (iniciar una investigación).

7.2. Obligaciones de transparencia

Como se ilustra en los apartados 6.3 y 6.7, el objetivo de interés público de la lucha contra la corrupción ha hecho que la relajación de la carga de la prueba sea más ampliamente aceptada para el procesamiento de delitos penales o procedimientos de decomiso y embargo que impliquen a funcionarios públicos.

El artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que:

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos. [...]

5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Según el artículo 8.6., estas obligaciones de declaración de bienes deben estar vinculadas a sanciones, que pueden utilizarse para obtener la condena del autor o para recuperar los bienes impugnados.

Por ejemplo, de acuerdo con el código penal de Macedonia del Norte, si un funcionario público proporciona a sabiendas información inexacta o incompleta durante los procedimientos de declaración

²¹⁴ Tribunal Constitucional de Níger, Decisión n. 07/08/CC/MC de 20 de noviembre de 2008.

obligatoria y puede establecerse que el funcionario público posee bienes que son significativamente desproporcionados con respecto a sus ingresos legales, tal conducta constituirá un delito, que llevará al decomiso de los bienes sobrantes.²¹⁵ En Gabón, el incumplimiento de los procedimientos de declaración de bienes por parte de un funcionario público también puede dar lugar al decomiso de bienes.²¹⁶

Este tipo de obligaciones, que dan lugar a sanciones, no se limitan a los funcionarios públicos. De hecho, en Italia, por ejemplo, el legislador ha recurrido a modelos basados en las denominadas obligaciones de "colaboración", que prevén sanciones penales o parapenales en caso de incumplimiento. Las sanciones suelen construirse según el paradigma de la obstrucción de la función de control o supervisión de una autoridad sectorial. A este respecto, el artículo 2638 del Código Civil es emblemático, ya que castiga a las personas que, estando sometidas por ley a las autoridades públicas de control (o en cualquier caso sujetas a obligaciones para con ellas), obstruyan sus funciones, incluso omitiendo las debidas comunicaciones. Se prevén numerosas obligaciones de presentar informes periódicos y veraces, así como de atender los requerimientos de la autoridad, que se aplican a intermediarios financieros como los bancos.²¹⁷

Otras normas que pueden interactuar con las investigaciones sobre lavado de activos, aportando pruebas sobre la situación financiera del sospechoso, pertenecen al Derecho fiscal, como es lógico. Un aspecto interesante de estas normas es que no tienen que prever necesariamente una sanción para ser efectivas. Todavía en Italia, las normas en materia fiscal prevén preclusiones procesales (artículo 32 del Decreto Presidencial n.º 600 de 1973 y artículo 52 del Decreto Presidencial n.º 633 de 1973) que impiden, en el procedimiento posterior, la utilización a favor del interesado del material que éste no haya aportado durante las investigaciones; imponiéndole así una obligación de descubrimiento total en una fase en la que la acusación aún no ha cristalizado, exponiéndole al riesgo de aportar contra sí elementos que puedan ser utilizados también en un eventual proceso penal.

El respeto del derecho al silencio adquiere una importancia particular cuando los procedimientos administrativos y penales se desarrollan en paralelo (véase también el debate en el apartado 6.10 supra). El menor nivel de protección del derecho a no autoincriminarse en el procedimiento administrativo impone una especial cautela en cuanto a la utilización en el procedimiento penal de lo recabado en el primer procedimiento, ya que el sujeto bien puede haber aportado elementos autoincriminatorios ante la imposición de obligaciones de colaboración, a menudo amparadas en sanciones sustancialmente penales, como se ha explicado anteriormente.

En primer lugar, tales elementos pueden adquirir valor de *notitia criminis*, también a la luz de las obligaciones de información impuestas a los agentes de la autoridad supervisora. En esta hipótesis, las

²¹⁵ Código Penal (en su versión modificada hasta 2018), artículo 359-a

²¹⁶ *Loi N°002/2003 du 7 mai 2003, instituant un régime de prévention et de répression de l'enrichissement illicite en République Gabonaise*

²¹⁷ Por ejemplo, el artículo 170-bis del Decreto Legislativo n.º 58 de 1998 (T.u.f.) castiga con penas de prisión "a quien obstaculice las funciones de supervisión atribuidas al Banco de Italia y a la CONSOB" y el artículo 187-quinquiesdecies T.u.f. castiga las obligaciones de cooperación con sanciones administrativas punitivas. Disposiciones similares se contemplan también en materia tributaria, donde el artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 471 de 1997 prevé sanciones administrativas para quien no facilite a la autoridad -en el ejercicio de sus facultades de control- comunicaciones, o facilite comunicaciones incompletas o no veraces.

declaraciones o documentos entregados por el sujeto darían lugar a la incoación de un proceso penal contra él sobre la base de lo que ha presentado. Además, lo que surja en los procedimientos administrativos puede utilizarse con fines de investigación para sacar a la luz más elementos que puedan utilizarse directamente en los procedimientos penales. Por último, existe el riesgo de que se permita la admisión de material con contenido autoacusatorio asumiéndolo como prueba documental,²¹⁸ o asumiéndolo a través del testimonio de los agentes que participaron en las actividades de inspección o vigilancia, antes de la aparición de indicios de delito.

En la sentencia "D.B. c. Consob",²¹⁹ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó la necesidad de garantizar el derecho al silencio en todo procedimiento susceptible de imponer sanciones sustancialmente penales, evitando así que una persona pueda ser sancionada por su negativa a facilitar a la autoridad respuestas de las que pudiera derivarse su responsabilidad penal o parapenal. Especificando, además, que el principio no debe limitarse a la confesión de infracciones, sino que también debe incluir información sobre cuestiones de hecho, que potencialmente podría utilizarse para apoyar la acusación en futuros procedimientos (yendo así más allá de sus propias directrices antimonopolio anteriores). Por otra parte, la omisión de cualquier cooperación con las autoridades, como la negativa a comparecer en una audiencia, queda fuera del ámbito del derecho al silencio.

El Tribunal Constitucional italiano²²⁰ coincidió con lo expresado por la Gran Sala del TJUE, precisando que el derecho al silencio debe reconocerse ya durante la actividad de control funcional al descubrimiento de infracciones; por tanto, en un momento anterior a la incoación formal del procedimiento. El derecho al silencio debe ser garantizado en todo procedimiento en el que, debido a la existencia de obligaciones de colaboración con la autoridad, de las declaraciones del sujeto pueda derivarse una responsabilidad administrativa sancionadora o penal. En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal limitó la eficacia del derecho al silencio únicamente a las declaraciones, excluyendo (además del derecho a no comparecer ante la autoridad) el derecho a no entregar datos o documentos anteriores a los requerimientos de la autoridad.²²¹



Financiado por
la Unión Europea



Esta publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Global Facility de la UE y no refleja necesariamente las opiniones de la Unión Europea.

²¹⁸ En la legislación italiana, esto es posible para las pruebas consideradas irrepetibles, de conformidad con el apartado 3 del artículo 238 del Código de Procedimiento Penal.

²¹⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, D.B. contra Consob, C-481/19, 2 de febrero de 2021.

²²⁰ Tribunal Constitucional italiano, Sentencia n.º 84 de 2021.

²²¹ Sobre el tema de la no entrega de documentos con posible valor contra se, teniendo en cuenta también la circulación de pruebas entre procedimientos administrativos y penales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se pronunció en la sentencia. "Chambaz c. Suiza", sentencia n.º 11663/04, 5 de abril de 2012 (párrafos 52 y ss.) y reconoció que el principio de nemo temetur se detegere debía aplicarse a tales situaciones.