

HACIA UN MODELO COMÚN DE DECOMISO SIN CONDENA EN LA UNIÓN EUROPEA

Isidoro Blanco Cordero*

1 INTRODUCCIÓN

El primer trabajo que traduje del homenajeado *John Vervaele* publicado en España en 1999 estudiaba el decomiso en los Estados Unidos,¹ así que he decidido dedicarle esta breve contribución para reconocer su trayectoria académica e investigadora. Explicaba *Vervaele* los desafíos jurídicos que generaba en aquel país el llamado *decomiso civil (civil forfeiture)*.² A nivel internacional se utiliza actualmente la denominación ‘decomiso sin condena’,³ que aparece asociada a los sistemas en los que se configura un proceso dirigido contra los bienes de origen delictivo (*actio in rem*) separado del proceso penal (no es una *actio in personam*), basado en la ficción jurídica de que el bien ha infringido la ley. En este proceso autónomo se determina si procede la declaración de la pérdida del bien a favor del Estado, **por tratarse de un bien peligroso** (*instrumento*) o por estar conectado a un delito y ser su *producto*.⁴

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación ‘Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia’ (AEQUALITAS) Ref.: RTI2018-096398-B-I00 concedido en la convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i ‘Retos investigación’ del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y del Proyecto de investigación ‘Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal’ (Referencia: PID2019-107743RB-I00), financiado por el Gobierno de España (Agencia Estatal de Investigación – Ministerio de Ciencia e Innovación), cuyo investigador principal es Nicolás Rodríguez García.

1. J.A.E. Vervaele, ‘El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos’, *Actualidad Penal*, 14, 1999, pp. 291-315.
2. Extinción de dominio en Latinoamérica, por influencia de Colombia.
3. Véase ampliamente I. Blanco Cordero, ‘Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)’, *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, directores: E.A. Fabián Caparrós, M. Ontiveros Alonso & N. Rodríguez García, México, D.F., 2012, pp. 337-371.
4. M. Panzavolta, ‘Confiscation and the Concept of Punishment: Can There be a Confiscation Without a Conviction?’ en K. Ligeti & M. Simonato (Eds.) *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart Publishing, Vol. 3, 2017, pp. 25-52, p. 46.

En Europa existe la opinión de que la lucha contra los beneficios del delito se verá facilitada por la adopción del decomiso sin condena. Los trabajos del Consejo de Europa apuntan en esta dirección cuando señalan que esta modalidad de decomiso constituye una herramienta importante contra los productos delictivos, si en su diseño se respetan los derechos fundamentales.⁵ En la Unión Europea (UE), donde existen numerosos modelos de decomiso sin condena,⁶ el Parlamento Europeo invitó en 2013 a los Estados miembros a considerar la aplicación de modelos de decomiso civil⁷ en aquellos casos en los que, en un balance de probabilidades y sujeto a la autorización de un tribunal, pueda demostrarse que los bienes son el producto del delito o son utilizados para actividades delictivas.⁸ El presente ofrece algunas pautas para mejorar el diseño del decomiso sin condena en la UE y facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones que lo acuerden, examinando para ello la regulación actual en los instrumentos UE.

2 EL DECOMISO SIN CONDENA EN LA NORMATIVA DE LA UE: UN MODELO DESDIBUJADO

La Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (Directiva) aproxima las legislaciones en esta materia.⁹ Su art. 4.2 permite decretar, en determinadas situaciones, el decomiso de productos e instrumentos (no de otros bienes sometidos a decomiso ampliado) del delito (del listado de delitos contenidos en su art. 2) sin que medie resolución penal condenatoria. Para ello se han de dar una serie de condiciones: a) Que no sea posible dictar una resolución

5. Economic Crime and Cooperation Division. Council of Europe, *The use of non-conviction based seizure and confiscation*, Council of Europe, October 2020. En una Resolución de 2018, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa apoyó la introducción de NCBC como medio necesario en la lucha contra el crimen organizado, *revestida siempre de las debidas garantías*, véase Resolution 2218 (2018), *Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets*, no. 6.

6. Commission Staff Working Document, *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, SWD(2019) 1050 final, Brussels, 12.4.2019, pp. 2 s.; sobre los distintos conceptos de decomiso sin condena, J.P. Rui & U. Sieber, 'Chapter 10: Non-Conviction-Based Confiscation in Europe', en J.P. Rui & U. Sieber (Eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 245-304, pp. 245 ss.

7. No es esta, sin embargo, la versión del texto en español que traduce la expresión en inglés '*models of civil law asset forfeiture*', que se refiere a 'modelos de confiscación preventiva de los activos'.

8. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe provisional) (2012/2117(INI)), no. 22. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso, COM/2020/217 final, p. 19, detecta que aún existe margen de mejora en esta materia, especialmente mediante la introducción de normas más eficaces sobre el decomiso no basado en condena.

9. Junto con la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

penal firme condenatoria en la que se declare el decomiso. b) Que se hayan *incoado procedimientos penales* en relación con un delito que haya generado alguna ventaja económica de manera directa o indirecta. c) Que tales *procedimientos* podrían haber dado lugar a una *resolución penal condenatoria*. d) Que el proceso se dirija *contra el sospechoso o acusado* que no pueda comparecer en juicio y que, en caso de que hubiera podido comparecer, *hubiera sido condenado*. Solo un Tribunal penal mediante un proceso penal¹⁰ puede determinar que el sospechoso o acusado ha cometido un delito, por el que finalmente no es condenado (por enfermedad o fuga). Este esquema no se parece en absoluto al proceso autónomo de decomiso *in rem*¹¹ de los sistemas explicados.

Existe una *propuesta de Directiva* sobre recuperación de activos de 2022,¹² cuyo art. 15 amplía las circunstancias que pueden dar lugar al decomiso sin sentencia condenatoria y los bienes que pueden ser recuperados (instrumentos y productos, su valor equivalente, y los productos o el valor equivalente que se hayan transferido a terceros). **Sigue requiriendo que se hayan incoado procedimientos penales**, si bien las causas por las que no pueden continuar incluyen no solo la enfermedad o fuga del sospechoso o acusado, sino también el fallecimiento, la inmunidad penal, la amnistía, así como la expiración de plazos fijados en la legislación nacional, si no son los suficientemente amplios. En una redacción muy mejorable, precisa que **solo cabe el decomiso sin sentencia condenatoria cuando el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que concurren todos los elementos de la infracción penal**.¹³ Habrá que entender que se refiere a los elementos objetivos, porque no siempre podrán acreditarse los elementos subjetivos, especialmente cuando el sospechoso o acusado haya fallecido. **Parecería más razonable reclamar que se acredite una conexión entre los bienes y la infracción penal**. Asimismo, exige a los Estados que velen por el respeto de los *derechos de defensa* de la persona afectada, aunque es confusa la exigencia de que este derecho se deba garantizar ‘antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución de decomiso’, algo que parece obvio en este contexto. Quizás más que el derecho de defensa de la persona afectada (puesto que el afectado es el bien), lo que correspondería sería reconocer a los titulares el derecho a oponerse a la privación del bien, respetando evidentemente todos los **derechos de acceso al expediente y el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho**. De nuevo, este modelo se aleja de los mecanismos tradicionales de decomiso sin condena explicados.

10. A. Balsamo, ‘Il “Codice antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?’, *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 Luglio 2012, p. 24.

11. Así A.M. Maugeri, ‘Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni’, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2012, pp. 180-214, p. 195.

12. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos, Bruselas, 25.5.2022 COM(2022) 245 final 2022/0167 (COD).

13. Los delitos enumerados en el artículo 2 cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años.

El Reglamento 2018/1805 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso es aplicable a las 'resoluciones de decomiso dictadas por otro Estado miembro en el marco de un procedimiento en materia penal' (art. 1) por cualquier delito. La cuestión clave es aclarar qué debe entenderse por 'procedimientos en materia penal'.¹⁴ La propuesta inicial presentada por la Comisión no abarcaba todas las resoluciones de decomiso, sino solo las dictadas, incluso sin condena firme, en el marco de procesos penales.¹⁵ Tal noción comprendía las medidas no condenatorias adoptadas en casos de fuga o enfermedad del acusado y también 'las resoluciones de decomiso civil emitidas en el marco de un proceso penal: casos de fallecimiento de una persona, inmunidad, prescripción, casos en que el autor del delito no pueda ser identificado u otros casos en que un órgano jurisdiccional penal podrá decomisar civilmente activos una vez que haya decidido que dichos activos proceden de actividades delictivas'.¹⁶ Se dejó claro que 'a fin de ser incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento, estas resoluciones de decomiso deben ser dictadas en el marco de un proceso penal y, por tanto, en el Estado de emisión deberán observarse todas las salvaguardias aplicables a dicho proceso'. Una resolución de decomiso adoptada sin sentencia firme estaría cubierta por la Propuesta solo si, aunque se hubiera emitido en un procedimiento separado y autónomo, hubiera sido dictada por un tribunal penal con pleno respeto de todas las garantías propias del proceso penal, incluida la presunción de inocencia y el estándar penal de la prueba.¹⁷ Por el contrario, las medidas de decomiso del producto del delito adoptadas en procedimientos civiles o administrativos a los que no se aplicaran las mismas garantías procesales, quedaban fuera del ámbito de la Propuesta,¹⁸ como el decomiso preventivo antimafia italiano o el decomiso civil de Irlanda (y en aquel momento del Reino Unido).¹⁹ Esta visión cautelosa se dejó de lado tras las negociaciones en el Consejo, como consecuencia de una solicitud de la delegación italiana para que el Reglamento también abarcara su sistema de decomiso preventivo antimafia.²⁰ Con este fin, el Consejo acordó adoptar una redacción más

14. S. Mirandola, 'Borderless enforcement of freezing and confiscation orders in the EU: the first regulation on mutual recognition in criminal matters', *ERA Forum* (2020) 20, pp. 405-421, p. 409.

15. Art. 1 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, Bruselas, 21.12.2016, COM(2016) 819 final, 2016/0412(COD).

16. *Ibid.*, p. 6.

17. Maugeri, 2017, pp. 241 ss.

18. A.M. Maugeri, 'Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"', *Diritto Penale Contemporaneo* 2, (2017), pp. 231-256, pp. 241-242; Mirandola, 2020, p. 411.

19. Véase Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders*, SWD/2016/0468 final – 2016/0412 (COD), pp. 38-39 y 55.

20. Council of the European Union, Interinstitutional File 2016/0412 (COD), doc. no. 12685/17 of 2 October 2017.

amplia en el sentido de que la resolución debería dictarse 'en el marco de un procedimiento en materia penal'. Según el Considerando 13, la expresión comprende 'todos los tipos de resoluciones de embargo y de resoluciones de decomiso dictadas en un procedimiento relativo a una infracción penal (...). Comprende también otros tipos de resoluciones dictadas sin condena firme'.

Corresponde entonces concretar qué procesos no son penales en sentido estricto, pero pese a ello son calificados como procedimientos 'en materia penal'. El Considerando 18 del Reglamento dispone que 'se deben aplicar las garantías esenciales de los procesos penales establecidas en la Carta a los procedimientos en materia penal que no sean procesos penales, pero se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento'. Procedimientos en materia penal son aquellos procesos judiciales que requieran acreditar la vinculación de unos bienes con una actividad delictiva y que, con independencia de su calificación a nivel nacional (civiles, administrativos...), estén sometidos a las garantías fundamentales de los procesos penales.²¹ Cualquiera que sea la forma que adopte el decomiso sin condena, deberá dar lugar al reconocimiento mutuo siempre que los procesos en los que se impongan reconozcan la aplicación de las garantías penales. Quedan al margen del reconocimiento los mecanismos de expropiación de bienes no relacionados con actividades delictivas tramitados por vía civil o administrativa.²² Modelo poco ambicioso que no se aproxima ni por asomo a los modelos de decomiso sin condena de los países más avanzados en esta materia.

3 HACIA UN MODELO DE DECOMISO SIN CONDENA EN LA UNIÓN EUROPEA

El decomiso sin condena constituye un instrumento muy interesante para hacer frente a los productos originados en actividades delictivas. Su incorporación neutralizaría la tentación de algunos legisladores de incorporar mecanismos penales más peligrosas para los derechos humanos. En efecto, las críticas recurrentes a este instrumento como vulnerador de derechos pueden incentivar el recurso al castigo como delito de conductas no merecedoras de sanción penal como el mero enriquecimiento ilícito o la posesión de bienes conectados con alguna actividad delictiva.²³ Para evitarlo, conviene establecer algunos criterios comunes que sean respetuosos con los derechos fundamentales y aseguren que se alcanza el máximo de confianza mutua entre los Estados de la UE, especialmente de cara a una cooperación internacional eficaz.

21. Así Mirandola, 2020, p. 413.

22. A.M. Maugeri, 'Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza', *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 gennaio 2019, p. 13.

23. Panzavolta, 2017, p. 48.

El elemento nuclear de esta modalidad de decomiso y objeto del procedimiento *in rem* es la demostración con cierto grado de precisión del **nexo entre el bien y alguna actividad delictiva**. Si bien el TEDH considera que las presunciones no son contrarias al CEDH,²⁴ ni siquiera en relación con el decomiso penal, parece conveniente evitarlas al máximo en este contexto, especialmente aquellas de amplio alcance que evidencien claramente la vinculación del bien con la actividad delictiva. **No es suficiente, por ello, el recurso a indicios imprecisos como la posesión de bienes desproporcionados en relación con los ingresos de un sujeto, que lleve un estilo de vida vinculado al delito o meros rumores en este sentido. Serán necesarias otras circunstancias que apunten de manera clara la existencia de la conexión mencionada.** De recurrir a presunciones legales, estas deberán en todo caso admitir prueba en contrario.

El **estándar de prueba** de la vinculación entre el bien y la actividad delictiva puede variar.²⁵ Si bien el TEDH considera que el modelo de decomiso sin condena de algunos países carece de naturaleza penal,²⁶ en la UE se entiende que el procedimiento atrae las garantías propias de los procesos penales (lo que, en principio, **veterá la retroactividad y será de aplicación el principio *ne bis in idem***). Este enfoque restrictivo de la UE no significa, sin embargo, la exigencia de que se acredite más allá de toda duda razonable que los bienes proceden de una actividad delictiva. Este nivel de prueba, normalmente requerida en los procesos penales para acreditar la culpabilidad de una persona, no necesariamente se ha de aplicar al proceso de decomiso sin condena. El art. 6.2 CEDH no establece ningún criterio obligatorio de prueba, sino que se remite a la legislación de cada Estado. **Ello no impide**, en principio, que se aplique el criterio de la preponderancia de la evidencia o **estándar del balance de probabilidades**, en el que se entiende algo probado cuando concurre una probabilidad mayor del 50% de que sea cierto, en nuestro caso que los bienes sean de origen ilícito. El TEDH no se ha pronunciado aún acerca de si el criterio del balance de probabilidades es suficiente para fundamentar una condena.²⁷ A la vista del art. 6.2 CEDH lo más probable es que examine no tanto la valoración de la prueba, cuanto si el proceso se puede

24. *Salabiaku v. France*, 7 October 1988, Series A, No. 141-A, no. 28. El TEDH señala que las presunciones no son contrarias en principio al CEDH, si están sometidas a límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan los derechos de defensa.

25. Sobre el estándar de prueba véase J. Boucht, 'Chapter 8. Non-conviction Based Confiscation: Moving the Confiscation of Criminal Proceeds from the Criminal to the "Civil" Sphere. Benefits, Issues and Two Procedural Aspects', en V. Franssen & C. Harding (Eds.), *Criminal and Quasi-criminal Enforcement Mechanisms in Europe. Origins, Concepts, Future*, Hart Publishing, 2022, pp. 221-247, pp. 235 ss.

26. El TEDH ha señalado expresamente que el decomiso de bienes decretado en un proceso civil que no implica una imputación penal no es de carácter punitivo sino preventivo y/o compensatorio y, por lo tanto, no son de aplicación las garantías penales del art. 6.2 CEDH. Véase *Gogitidze and Others v. Georgia*, no. 36862/05, 12 May 2015, no. 126.

27. Sí lo ha hecho respecto del decomiso *in rem* en *Gogitidze and Others v. Georgia*, no. 36862/05, 12 May 2015, no. 107, admitiendo el criterio civil del balance de probabilidades.

considerar justo en su conjunto.²⁸ Con todo, no es descartable que el Tribunal considere que el balance de probabilidades no es suficiente,²⁹ lo que desvirtuaría el modelo diseñado en la UE.

Aunque no se trate de un instrumento de naturaleza propiamente penal,³⁰ parece que habrían de reconocerse las *garantías del proceso debido*, si bien ajustadas a las especificidades del decomiso sin condena. Ello va a permitir que la cooperación internacional se tramite por la vía criminal,³¹ al tratarse de 'materia penal' que exige la existencia de un delito y una conexión entre este y los bienes.³²

Se debe reconocer a los *terceros* el derecho a reclamar la propiedad u otros derechos sobre los bienes sometidos al proceso de decomiso sin condena y también respetar en todo caso los derechos de los terceros de buena fe. Con todo, una vez acreditada la conexión de los bienes con una actividad delictiva, se puede revertir la carga de la prueba de manera que el tercero deba acreditar su buena fe, posiblemente mediante el estándar del balance de probabilidades, algo que, en principio, no sería contrario al CEDH³³ ni a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Al menos se deben decomisar por esta vía los *productos* obtenidos o derivados directa o indirectamente de una infracción penal. Incluidas también las transformaciones que hubieren podido experimentar tales productos, así como las mezclas de los productos con bienes de origen lícito, al menos hasta el límite de la parte ilícita mezclada. Discutible es el decomiso de instrumentos,³⁴ especialmente cuando pertenecen a terceros de buena fe, y el decomiso del valor equivalente a los productos, pues en ellos parece latir un aspecto sancionador.³⁵ Por último, podrían

28. Sobre esto J. Boucht, 'Civil asset forfeiture and the presumption of innocence under article 6(2) ECHR', *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 2, 2014, pp. 221-255, p. 250.

29. Boucht, 2014, p. 250.

30. El TEDH consideró en *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein* (dec.), no. 696/05, 10 July 2007, que constituye una institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte beneficioso. En el mismo sentido en *Cecil Stephen Walsh against the United Kingdom*, no. 43384/05, 21 November 2006.

31. Sobre los problemas del reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso sin condena en la UE véase F. Meyer, 'Recognizing the Unknown – the New Confiscation Regulation', *EuCLR European Criminal Law Review*, 10(2), 2020, pp. 140-170.

32. Desde hace tiempo que el Tribunal Supremo suizo considera que el decomiso civil de EE.UU. se puede considerar materia penal a efectos de la cooperación internacional. Véase, por ejemplo, BGE 132 II 178. También en Luxemburgo, en relación con la extinción de dominio del Perú, véase *Acuerdo entre la República del Perú, la Confederación Suiza y el Gran Ducado de Luxemburgo sobre la transferencia de activos decomisados*.

33. Así Boucht, 2014, pp. 251-252, analizando la jurisprudencia del TEDH, concluye que podría no ser contrario al art. 6.2 CEDH si se dan todos los requisitos de un juicio justo.

34. Crítico J. Vogel, 'Chapter 9: The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of "Civil" Forfeiture', en J.P. Rui & U. Sieber (Eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe: Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 225-243, p. 240 ss.

35. I. Blanco Cordero, 'Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito', *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 2, 2021, pp. 791-802.

exceptuarse del decomiso supuestos en los que el coste del decomiso sea excesivamente elevado en relación con los bienes recuperables. Y respetando siempre del principio de proporcionalidad de conformidad con lo señalado por el TEDH y el Protocolo no. 1 CEDH, y el art. 52 en relación con el art. 17 de la CDFUE.³⁶

36. Panzavolta, 2017, p. 51.