



# Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Distr. general  
6 de octubre de 2021  
Español  
Original: inglés

## Noveno período de sesiones

Sharm el-Sheikh (Egipto), 13 a 17 de diciembre de 2021

Tema 5 del programa provisional\*

## Recuperación de activos

### **Dificultades encontradas, buenas prácticas y enseñanzas extraídas, así como procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena de los Estados partes que hayan adoptado medidas de ese tipo de conformidad con el artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención**

#### Nota de la Secretaría

##### *Resumen*

La presente nota se ha preparado en cumplimiento de la resolución 8/9 de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y se basa en información reunida y analizada por la secretaría. Proporciona información básica sobre las dificultades encontradas, las buenas prácticas y las enseñanzas extraídas, así como sobre los procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena de los Estados partes que han adoptado medidas de esa índole de conformidad con el artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención. También contiene un resumen sobre el debate temático sostenido al respecto en la reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos celebrada en Viena del 6 al 10 de septiembre de 2021.

\* CAC/COSP/2021/1.



## Introducción

1. En su resolución 8/9, párrafo 15, la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción encargó al Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos que, entre otras cosas, recopilara información sobre las dificultades encontradas, las buenas prácticas y las enseñanzas extraídas, así como los procedimientos que permitieran el decomiso del producto de la corrupción sin que mediara condena de los Estados partes que hubieran adoptado medidas de ese tipo de conformidad con el artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención. La Conferencia también encargó al Grupo de Trabajo que la informara de sus conclusiones sobre cada una de estas cuestiones en su siguiente período de sesiones, con el apoyo de la secretaría.
2. En consonancia con este mandato, la secretaría envió una nota verbal en la que invitaba a los Estados partes a seguir intercambiando información sobre las dificultades encontradas, las buenas prácticas y las enseñanzas extraídas, así como los procedimientos que permitieran el decomiso del producto de la corrupción sin que mediara condena. La nota verbal incluía también un cuestionario detallado al que habían respondido 44 Estados partes al 22 de septiembre de 2021<sup>1</sup>.
3. Sobre la base de las respuestas de los Estados y de la información de fuente abierta y de publicaciones autorizadas, la Secretaría elaboró una nota titulada “Procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena”(CAC/COSP/WG.2/2021/4) como documento de antecedentes para el debate temático sostenido al respecto en la reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos celebrada en Viena del 6 al 10 de septiembre de 2021 (CAC/COSP/WG.2/2021/5), párrs. 42 a 50).
4. El presente documento contiene una versión abreviada del análisis expuesto en el documento CAC/COSP/WG.2/2021/4 e incluye un resumen del debate temático llevado a cabo por el Grupo de Trabajo.
5. En 2009, la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (Iniciativa StAR) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial publicaron un estudio titulado *Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Se espera que la información contenida en el presente documento sea útil como referencia para futuras actualizaciones de dicho estudio.

## II. Terminología

### *Decomiso y bienes*

6. En el artículo 2, párrafo g), de la Convención contra la Corrupción, por “decomiso” se entiende “la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente”. En la versión en inglés de la Convención, el término “confiscation” engloba el término “forfeiture” cuando sea aplicable, aunque ese término no se define expresamente<sup>2</sup>. En el artículo 2, párrafo d), por “bienes” se entiende, en un sentido amplio, “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

<sup>1</sup> Albania, Alemania, Arabia Saudita, Australia, Austria, Bahamas, Bahrein, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chequia, Chile, China, Croacia, Cuba, Eslovenia, Francia, Georgia, Indonesia, Kenya, Letonia, Líbano, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Nicaragua, Níger, Nueva Zelandia, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, República de Moldova, República Dominicana, Singapur, Suiza, Tayikistán y Togo.

<sup>2</sup> En la versión en inglés del presente documento, los términos “confiscation” y “forfeiture” se tratan como si fueran sinónimos, si bien no siempre se utilizan como tales en los ordenamientos jurídicos nacionales (el término “forfeiture” se refiere a veces a la privación de bienes y “confiscation” a una orden de pago de una suma de dinero).

*Decomiso sin condena y decomiso ampliado*

7. En el artículo 54, párrafo 1 c), se hace referencia al decomiso sin que medie una condena, con lo cual no se excluye la posibilidad de que se imponga el decomiso cuando una persona sea acusada de un delito, pero el proceso penal no concluya con una sentencia condenatoria. Si bien esa disposición se refiere a los “casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado”, parece abarcar las situaciones en que el juicio comienza, pero no puede llegar a su fin (como ocurre cuando el acusado fallece o se da a la fuga después de haberse presentado la acusación contra él). Dicho de otro modo, el decomiso sin condena es la medida que se impone cuando ningún tribunal ha pronunciado una sentencia condenatoria contra la persona acusada, y esta es también la característica que distingue ese concepto del de decomiso ampliado, según el cual puede decomisarse más que el producto del delito que es objeto del proceso penal, pero solo si la persona es condenada<sup>3</sup>.

*El decomiso sin condena y las medidas temporales de inmovilización, embargo preventivo o incautación*

8. Las medidas de decomiso basadas en una condena pueden ir precedidas de órdenes provisionales o temporales de inmovilización, embargo preventivo o incautación adoptadas antes del decomiso. Por esta razón, algunos países (como Chequia) tratan esos casos como decomiso sin condena. Sin embargo, por lo general, se consideran medidas de decomiso sin condena las medidas de privación de los bienes con carácter definitivo, es decir, cuando el decomiso causa una pérdida irrevocable para el titular. Las medidas cautelares adoptadas en el marco del procedimiento de decomiso basado en una condena no están comprendidas en esta categoría, ya que finalmente deberán ser levantadas si la persona acusada no es condenada.

*Concepto de “condena”*

9. En algunos países, por “condena” se entiende la resolución dictada por un tribunal tras un juicio, aunque sea en primera instancia, mientras que, en otros, la consideran una resolución irrevocable (con efecto de cosa juzgada). Por consiguiente, estos últimos podrían considerar la medida de decomiso dictada tras una condena en primera instancia como un caso de decomiso sin condena o como un caso de incautación provisional que precede a un decomiso basado en una condena.

10. En Italia, por ejemplo, es posible decomisar activos incluso en el marco de un proceso penal cuando el delito ha prescrito, pero únicamente si el delincuente ha sido condenado en primera instancia. En la apelación, los tribunales superiores pueden dictaminar que la causa ha prescrito y decomisar el producto del delito. Muchos consideran esta posibilidad un caso de decomiso sin condena.

11. En cuanto a la segunda hipótesis, es lo que ocurre normalmente en los países que entienden la condena como una sentencia definitiva con carácter inapelable. De esto se desprende que, en algunos países (como el Canadá), una medida de decomiso impuesta tras una primera sentencia condenatoria se consideraría un caso de embargo preventivo o incautación en el marco de un proceso penal, mientras el proceso siga pendiente de revisión ante los tribunales de apelación o los tribunales supremos.

12. Los países de tradición jurídica anglosajona tienden a considerar medidas de decomiso sin condena todas las medidas dictadas sin que se haya impuesto una condena en ninguna etapa, en tanto que otras jurisdicciones (por ejemplo, los países europeos continentales y el Canadá) tienden a interpretar el concepto de condena sobre la base del concepto de cosa juzgada. Esta diferencia terminológica puede influir en la prestación de cooperación judicial en la práctica.

<sup>3</sup> Johan Boucht, *The Limits of Asset Confiscation: On the Legitimacy of Extended Appropriation of Criminal Proceeds* (Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Hart Publishing, 2017), pág. 5.

Actio in rem y actio in personam

13. A veces ocurre que el decomiso sin condena se considera una acción contra la cosa (*actio in rem*), en el sentido de que el procedimiento se centra en los bienes y no en la responsabilidad de una persona. Ese criterio capta la esencia de algunos ordenamientos jurídicos nacionales, en particular los que se basan en la noción de decomiso civil de activos ilícitos.

### III. Modelos y naturaleza de los mecanismos de decomiso sin que medie condena

*Observaciones generales*

14. En la legislación de la gran mayoría de los países que respondieron al cuestionario hay una o más disposiciones que facultan para decomisar activos vinculados a un delito sin que medie una condena. A pesar de este rasgo común, los ordenamientos nacionales parecen variar considerablemente.

*Diferentes modelos*

15. Los modelos de decomiso sin condena se clasifican de diferentes maneras. Un informe de 2019 de la Comisión Europea menciona cuatro modelos diferentes: a) el decomiso clásico sin condena (cuando no es posible el decomiso basado en una condena firme); b) el decomiso ampliado; c) el procedimiento *in rem*; y d) el modelo de incremento patrimonial no justificado<sup>4</sup>. Sin embargo, como se ha mencionado, el decomiso ampliado debería abordarse por separado de las medidas de decomiso sin condena.

16. El primer paso en la clasificación es diferenciar entre dos opciones básicas, en función de si los países han formulado un régimen de decomiso sin condena en el ámbito de la justicia penal o un régimen ajeno a este<sup>5</sup>.

*Regímenes de decomiso civil*

17. En algunos países se establece expresamente que el decomiso sin condena es un procedimiento de carácter civil. Esto suele suceder en los países de tradición jurídica anglosajona<sup>6</sup>.

18. La idea que sirve de base a esos regímenes es adquirir todos los bienes o activos vinculados a la actividad delictiva, independientemente de la responsabilidad (y el enjuiciamiento) de una persona. Suelen llamarse procedimientos *in rem* porque van dirigidos contra el bien ilegal. Cuando se considera que el bien es sospechoso, se procede a su incautación o inmovilización, con la consiguiente posibilidad de que el

<sup>4</sup> Comisión Europea, documento de trabajo de los servicios de la Comisión, “Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union”, documento SWD(2019) 1050 final. La clasificación basada en cuatro modelos está inspirada en la guía sobre la tipología del decomiso sin condena elaborada en 2015 por la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden, financiada por la Unión Europea.

<sup>5</sup> Este es el criterio adoptado también en un reciente informe del Consejo de Europa, en el que se distingue entre un enfoque penal y un enfoque no penal del decomiso sin condena: en él se hace una distinción entre las acciones de recuperación que se interponen en relación con los procesos penales, pero que no dependen de una condena, y las acciones que se interponen contra los propios bienes, independientemente de que haya o no un proceso penal en curso (Bright Line Law, “The use of non-conviction based seizure and confiscation” (Estrasburgo, Consejo de Europa, octubre de 2020)).

<sup>6</sup> Ian Smith y Tim Owen, *Asset Recovery: Criminal Confiscation and Civil Recovery* (Londres, 2003); Stefan D. Cassella, “An overview of asset forfeiture in the United States”, en *Civil Forfeiture of Criminal Property: Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Simon N.M. Young, ed. (Northampton, Massachusetts, Estados Unidos de América, Edward Elgar Publishing, 2009), pág. 24; y Stefan D. Cassella, “Nature and basic problems of non-conviction-based confiscation in the United States”, *Veredas do Direito*, vol. 16, núm. 34 (mayo de 2019), pág. 43.

titular proteja su derecho de propiedad ante un tribunal. Si no se interpone ninguna reclamación, o se rechaza la que se haya interpuesto, se procede al decomiso del bien. El régimen se denomina “civil” porque los litigios sobre el origen de los bienes y sobre su adquisición o posesión legítimas se llevan a cabo con arreglo a las normas de procedimiento civil<sup>7</sup>.

*Modelos “penales” de decomiso sin condena como alternativas ante la imposibilidad de enjuiciar o dictar sentencia condenatoria*

19. En otros ordenamientos se prefiere adoptar un criterio por el cual el régimen de decomiso sin condena sigue estando más directamente vinculado al proceso penal relativo al delito determinante. En estos modelos, la medida de decomiso sin condena se considera sustitutiva del decomiso clásico (basado en una condena) cuando es imposible condenar al delincuente por razones que dificultan el juicio, o que bloquean un proceso ya iniciado, o que no permiten a los tribunales pronunciar una sentencia condenatoria (porque el delito ha prescrito o a causa de otras limitaciones procesales).

20. En muchos países, esos regímenes de decomiso sin condena se encuentran dentro del sistema de justicia penal y a veces incluso se incorporan al mismo proceso penal concerniente al delito determinante. Este es el caso de Chequia y Francia, en particular. La forma básica del modelo alternativo (penal) de decomiso sin condena es, en realidad, aquella en que la medida se decreta en el marco del mismo proceso penal encaminado a imponer una pena al delincuente, cuando resulte imposible imponerla (por motivos de fallecimiento, fuga, prescripción, etc.). Estos modelos “penales” de decomiso sin condena, en los que el decomiso principalmente se considera una alternativa al juicio, suelen atenerse a las normas del proceso penal.

21. En algunos países esos procedimientos se interpretan como alternativas ante la imposibilidad de enjuiciar o de pronunciar una sentencia condenatoria, y se rigen por el código penal. Aunque pertenecen al sistema de justicia penal, adoptan la forma de procedimientos más autónomos (por ejemplo, en Alemania y Suiza). Si bien el procedimiento es iniciado por las autoridades públicas competentes en asuntos penales ante un tribunal que goza de jurisdicción penal, las normas aplicables pueden ser las del procedimiento civil (por ejemplo, en Alemania, Eslovenia y Suiza). Además, las medidas de decomiso sin condena pueden ir más allá de los casos en que el enjuiciamiento sea imposible, y aplicarse también a los casos en que el juicio aún no haya comenzado (por ejemplo, en Suiza).

*Modelos híbridos*

22. También hay modelos de decomiso sin condena que no pueden clasificarse enteramente como procedimientos penales o civiles, ya que no son ni completamente independientes, ni están completamente desvinculados del sistema de justicia penal fundamental. Por ejemplo, Cuba e Italia utilizan lo que podría denominarse un “enfoque administrativo” de la recuperación de activos ilícitos que es independiente de la aplicación del derecho penal, aunque sigue estando parcialmente vinculado a este.

23. Algunas de las variaciones de los modelos penales de decomiso sin condena descritas anteriormente (véase el párr. 21) también podrían pertenecer a la categoría de los modelos híbridos. Por otra parte, hay ordenamientos en los que las medidas de decomiso sin condena no solo son posibles cuando no se puede procesar al delincuente, sino también cuando los bienes se consideran ilícitos (por ejemplo, en Letonia).

*Regímenes de decomiso relacionados con el enriquecimiento desproporcionado o el incremento patrimonial no justificado*

24. Existe otro tipo de modelo de decomiso sin condena: un régimen de decomiso basado en el incremento patrimonial no justificado (o enriquecimiento ilícito), en el que

<sup>7</sup> Cabe señalar que también existe un concepto de “acción civil” o de “recuperación directa de bienes” que se menciona en el artículo 53 de la Convención y que no es idéntico al de “decomiso civil”.

los bienes se decomisan, no porque se establezca un vínculo con una actividad delictiva, sino porque el propietario no puede justificar el origen del patrimonio. En algunos países (por ejemplo, Italia, y Cuba, la Federación de Rusia y Letonia en el caso de los funcionarios públicos) existe un régimen de esa índole, en combinación o no con otras medidas de decomiso sin condena.

25. Dentro de ambos grupos (es decir, los países que utilizan modelos civiles de decomiso y los que utilizan modelos penales de decomiso sin condena), hay países que emplean formas de presunción relacionadas con la constatación de un enriquecimiento desproporcionado o un incremento patrimonial no justificado en virtud de las cuales las autoridades decomisan todos los activos cuyo origen o adquisición legítimos no se pueden probar (por ejemplo, Australia, las Bahamas y México; véanse los párrs. 84 y 85).

26. Los regímenes basados en el enriquecimiento no justificado pueden estar incorporados al proceso penal o quedar al margen de este, como procedimiento separado (por ejemplo, en Colombia, Cuba e Italia), a veces incluso de carácter civil (como en la República de Moldova).

#### *Medida dirigida contra el bien y no contra la persona*

27. Una de las principales diferencias que existen entre los países atañe a la manera de determinar que los activos son ilícitos. En algunos países (por ejemplo, Australia, los Estados Unidos de América y el Perú), esto se hace únicamente examinando la relación entre los activos y el delito.

28. En otros países (como Francia), en los que la resolución sobre el carácter ilícito del bien está relacionada con el resultado del proceso penal (por ejemplo, la imposibilidad de pronunciar una sentencia condenatoria debido a la prescripción del delito, o al fallecimiento o la fuga del acusado), es más difícil establecer si la medida se toma únicamente por el vínculo con un delito, o también por el vínculo con una persona.

29. En otros países, las medidas de decomiso sin condena entrañan el decomiso de bienes que se consideran vinculados a una persona (peligrosa, sospechosa o acusada, o culpable de determinados delitos). Es el caso, por ejemplo, de la legislación antimafia en Italia.

30. Los regímenes basados en el patrimonio excesivo o no justificado son un tanto híbridos en este sentido. Están dirigidos contra los bienes, pero no exigen que exista un vínculo claro entre estos y un delito.

#### *Regímenes únicos o múltiples*

31. En algunos países existe un único régimen de decomiso sin condena, pero en otros se utilizan varios regímenes.

32. En Alemania, por ejemplo, algunas disposiciones permiten decomisar todos los bienes vinculados a una actividad delictiva, mientras que otra disposición faculta a las autoridades para decomisar todos los bienes sospechosos, pero solo si están presuntamente relacionados con determinados delitos.

33. En otros países, la diferencia entre los regímenes puede ser más fundamental. En Bosnia y Herzegovina, por ejemplo, existe un mecanismo de decomiso civil, además de un régimen comprendido en el proceso penal (que ofrece la posibilidad de decomisar activos cuando el delincuente no puede ser enjuiciado debido a una enfermedad, por haber fallecido o por haberse dado a la fuga).

#### *El decomiso como sanción*

34. Una pregunta importante es si las medidas de decomiso sin condena pueden calificarse de sanciones<sup>8</sup>. La respuesta a esta pregunta influye en la evaluación de la

<sup>8</sup> John Petter Rui, "The civil asset forfeiture approach to organised crime: exploring the possibilities for an EU model", *Eucrim*, núm. 4 (2011), págs. 153 a 161.

conformidad de la medida con los derechos fundamentales y también en las normas por las que se rige, así como, ulteriormente, en el procedimiento de recuperación de activos. Es importante examinar todas las características de la medida, en particular, las siguientes: si se dirige contra el bien únicamente por su vinculación con un delito o también por su vinculación con una persona; si es de efecto indiscriminado o no; si también puede basarse en el valor, y de qué recursos disponen las partes interesadas para impugnar la orden.

#### IV. Alcance del decomiso sin condena

##### *Alcance del decomiso sin condena con arreglo al artículo 54 de la Convención contra la Corrupción*

35. En el artículo 54 de la Convención contra la Corrupción se establecen las condiciones en las que puede aplicarse el decomiso sin condena: se trata de casos en los que el delincuente no puede ser enjuiciado debido a su fallecimiento, fuga o ausencia, o “en otros casos apropiados”. Sin embargo, en la gran mayoría de los ordenamientos examinados al parecer se han decretado medidas de decomiso sin condena que trascienden con creces esas condiciones.

36. Apenas en unos pocos de los países que respondieron al cuestionario de la UNODC, el ámbito de aplicación del decomiso sin condena sigue limitado a algunas de las hipótesis básicas mencionadas en el artículo 54. Por ejemplo, la legislación federal del Canadá admite el decomiso sin condena únicamente en los casos en que la persona ha fallecido o se ha fugado, o se considere que se ha fugado. La Arabia Saudita y China limitan las medidas de decomiso sin condena a los casos de fuga y fallecimiento, y Qatar a aquellos en que el delincuente es desconocido o ha fallecido.

##### *Decomiso sin condena del producto del delito y tipos de delitos*

37. Cabe señalar una importante distinción entre los países con respecto al alcance de las medidas de decomiso sin condena. En algunos países (por ejemplo, Australia, las Bahamas, Eslovenia, Italia y Nueva Zelandia), estas solo pueden aplicarse al producto de algunas formas —normalmente graves— de actividad delictiva, y en otros (por ejemplo, en Austria y Suiza) pueden hacerse extensivas a todo producto del delito, independientemente del tipo de delito del que se derive o con el que esté relacionado. En los ordenamientos que comprenden varios regímenes de decomiso pueden presentarse ambas situaciones.

38. Cuando el ámbito de aplicación del decomiso sin condena está limitado a los delitos graves, los Estados emplean diferentes técnicas y normas para determinar la naturaleza de la actividad delictiva pertinente, lo que confiere a los tribunales competentes un mayor o un menor grado de discrecionalidad. Algunos países (por ejemplo, Eslovenia, Italia y México) han hecho listas de delitos que se remiten directamente a los artículos de la legislación en que la conducta está tipificada, en tanto que otros (como Australia y el Canadá) se refieren a una categoría general de delitos graves. En algunos países (por ejemplo, en las Bahamas), además de aplicarse a los delitos previstos por ley, el decomiso sin condena puede hacerse extensivo a “otros riesgos” prescritos por reglamentación ministerial.

39. En algunos países (como Australia), la ley no siempre exige que el delito grave esté “particularizado”. Se hace una distinción entre la orden de decomiso relativa a una conducta constitutiva de delito grave y la relativa a bienes sospechosos de ser producto de delitos graves.

40. Además, en algunos Estados el alcance de la medida no solo se determina en función de la gravedad del delito. Por ejemplo, en Nueva Zelandia, el concepto de “actividad delictiva importante” se define, o bien en función de la gravedad del delito, o bien de la cuantía del producto (adquirido directa o indirectamente) de que se trate (por encima de un determinado valor mínimo).

*Objetos que pueden ser decomisados: res illicitae y otros*

41. La naturaleza exacta de los bienes que pueden ser objeto de decomiso sin condena depende del régimen adoptado por cada país.

42. En lo que respecta a los objetos relacionados con el delito, es común distinguir entre los instrumentos y el producto (por ejemplo, en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea) y, en ocasiones, incluso existe una tercera categoría, a saber, los artículos que son producto u objeto del delito. Esta distinción a veces influye en la determinación de la normativa aplicable, ya que en los ordenamientos jurídicos de algunos países (por ejemplo, Alemania, Bélgica e Italia) se hace una diferenciación entre los instrumentos y el producto del delito, y los instrumentos normalmente son objeto de disposiciones más estrictas. En cambio, otros países (por ejemplo, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) parecen interpretar el decomiso en torno al producto y a los instrumentos del delito por igual, tratándolos como parte de un régimen común global.

43. En la mayoría de los países se tienen en cuenta tanto los bienes derivados directamente de un delito como los beneficios obtenidos indirectamente de él.

44. Una cuestión potencialmente problemática es la relativa a la individualización exacta de los beneficios, lo que abarca determinar si es lógico o no deducir los ingresos directos en el procedimiento de decomiso sin condena y cómo calcular los intereses.

45. En la información proporcionada en respuesta al cuestionario no siempre quedaba claro si los bienes que podían ser objeto de decomiso abarcaban bienes inmuebles, empresas y fábricas. Algunos países (como Colombia e Italia) tienen mucha experiencia en este sentido, pero otros parecen tener menos.

*Medidas de decomiso basadas en el valor*

46. Es posible que el producto del delito no pueda encontrarse. En esos casos, tal vez existan otros bienes cuyo valor se equipare al del producto. En la mayoría de los países que respondieron al cuestionario se pueden aplicar medidas basadas en el valor.

47. Esas medidas también son pertinentes cuando los activos sospechosos o ilícitos se entremezclan con otros activos; por ejemplo, en Bhután y Qatar existen normas expresas sobre la mezcla de activos ilícitos y lícitos.

48. En algunos países (como en Italia y Singapur) incluso puede aplicarse una medida basada en el valor a bienes que estén en poder de terceros, si es evidente que fueron entregados al tercero por la persona contra la que se ha dictado la medida.

49. En algunos países (como el Canadá) no se permite adoptar medidas basadas en el valor. En otros países (por ejemplo, en Alemania), pueden aplicarse si se trata de ciertos casos de decomiso de bienes obtenidos ilegalmente, pero no de otros (es decir, el decomiso de bienes sospechosos en el contexto de procesos penales relativos a determinados delitos).

*Automatismo o discrecionalidad: condiciones especiales*

50. En la información proporcionada en respuesta al cuestionario no siempre quedaba claro si el decomiso del producto del delito era obligatorio o discrecional.

51. En algunos países (como Australia) puede no decretarse el decomiso si el tribunal determina que hacerlo no redundaría en el interés público.

**V. Relación con el proceso penal***Generalidades*

52. Como se mencionó en el párrafo 19, una característica distintiva de los procedimientos de decomiso sin condena es que, o bien están integrados en el proceso



penal, o bien se establecen al margen de este. Dada esta diferencia básica, también son posibles otras variaciones.

#### *Decomiso sin condena autónomo*

53. En la gran mayoría de los casos, los modelos de decomiso sin condena son independientes del proceso penal encaminado a establecer la culpabilidad de una persona. Es el caso, en particular, de los mecanismos de decomiso civil, que pueden aplicarse independientemente de las decisiones que se adopten en materia de enjuiciamiento y de que se haya iniciado o no el proceso penal.

54. Los modelos penales de decomiso sin condena no excluyen necesariamente cierto grado de autonomía respecto del proceso penal. Es posible que las autoridades de justicia penal inicien procedimientos de decomiso sin condena por separado del proceso relacionado con el delito determinante (por ejemplo, en Alemania).

55. No obstante, hay países (como Francia) que han adoptado modelos penales de decomiso sin condena en los que las medidas de decomiso sin condena son posibles única y exclusivamente en el marco del proceso penal entablado para establecer la culpabilidad de la persona.

#### *Procedimientos superpuestos y paralelos*

56. Una distinción importante es si el procedimiento de decomiso sin condena puede superponerse o no al proceso penal contra el acusado. En muchos países (como Eslovenia e Italia) es posible tramitar procedimientos paralelos, en particular cuando existe un mecanismo de decomiso civil (por ejemplo, en las Bahamas, Nueva Zelandia y el Reino Unido).

57. Una cuestión diferente es si los países que han adoptado más de un régimen de decomiso sin condena podrían iniciar los procedimientos paralelamente y, de esa forma, llevar adelante varios procedimientos de decomiso contra los mismos objetos. Al parecer, eso ocurre en las Bahamas.

#### *Procedimientos mutuamente excluyentes y procedimientos subsidiarios*

58. En algunos países (por ejemplo, en Austria y el Canadá), el procedimiento de decomiso sin condena es autónomo, pero solo es posible si el proceso penal se ha malogrado.

59. En otros países (como en Suiza), los procedimientos de decomiso sin condena son autónomos, pero de carácter subsidiario, lo que significa que solo pueden aplicarse si no hay ningún proceso penal en curso (salvo en los casos en que los bienes objeto de decomiso podrían devaluarse).

#### *Influencia mutua*

60. Un aspecto problemático es si el resultado del proceso penal puede afectar a una medida de decomiso sin condena y hasta qué punto (por ejemplo, cuando el acusado ha sido absuelto del delito determinante en un proceso penal).

61. En algunos países la autonomía del decomiso sin condena se mantendría aunque la persona fuera absuelta del delito (por ejemplo, en Italia). Eso se debe a que la diferencia que existe en cuanto a los criterios probatorios (véase el párrafo 76) entre el decomiso sin condena y la toma de decisiones sobre la culpabilidad del acusado puede dar lugar a distintos resultados.

62. En los modelos penales de decomiso sin condena, la absolución del acusado normalmente daría lugar al levantamiento de las medidas de inmovilización, a menos que la absolución fuera consecuencia de la aplicación de normas de prescripción (por ejemplo, en Francia).

## VI. Elementos procesales

### *Competencia y estructura judicial*

63. En casi todos los países, el decomiso sin condena es decretado por un órgano jurisdiccional.

64. En los modelos “penales”, la competencia para resolver en materia de decomiso suele recaer en el mismo tribunal al que compete sustanciar el proceso penal relativo al delito determinante (por ejemplo, en Francia) o, en cualquier caso, en un tribunal con competencia en materia penal (por ejemplo, en Austria). En Australia hay algunos tribunales que gozan de “jurisdicción con respecto al producto”, es decir, jurisdicción penal y, al mismo tiempo, de competencia especial en lo que respecta a los procedimientos de decomiso en determinadas circunstancias.

65. Algunos países (como Eslovenia) han optado por centralizar en un solo tribunal las resoluciones sobre el decomiso de bienes obtenidos ilegalmente.

### *Iniciativa*

66. En muchos países (por ejemplo, en Austria y Bhután) quienes toman la iniciativa son el fiscal general o la fiscalía competente. En algunos países (como Nueva Zelandia), es la policía. En otros (como en Italia), pueden ser la fiscalía o la policía, o a veces un cuerpo policial muy especializado.

67. En otros países se encarga de tomar la iniciativa un organismo especializado (por ejemplo, en Bulgaria, la Comisión de Lucha contra la Corrupción y de Decomiso de Bienes Adquiridos Ilícitamente).

68. El perfil de la autoridad competente para iniciar el procedimiento (y su especialización) puede afectar a la aplicación práctica de muchas maneras, ya que esas autoridades normalmente también se encargan de localizar los activos y de estimar su valor, y a menudo incluso de presentar pruebas acerca de su origen ilegal o sospechoso. Esto puede plantear problemas de parcialidad (por ejemplo, en Nueva Zelandia; véase el párr. 123).

### *Especialización*

69. Cabe aclarar que la especialización puede adoptar diversas formas. En primer lugar, puede entrañar la asignación de todos los casos de decomiso sin condena a una oficina, órgano o tribunal determinados. En segundo lugar, puede suponer que haya una oficina, órgano o tribunal especial que se encargue únicamente de los casos de localización y decomiso (sin condena). En tercer lugar, la especialización puede basarse en la experiencia, las aptitudes o la formación especial de las autoridades competentes (por ejemplo, conocimiento de las transacciones financieras).

70. Esas formas de especialización pueden existir al mismo tiempo, aunque no necesariamente. Por ejemplo, la centralización de la competencia en torno a un tribunal (como en Eslovenia) o a una única fiscalía no significa necesariamente que estos reciban una formación especial o posean aptitudes específicas, en particular cuando el órgano o el tribunal también tengan competencia respecto de otras materias.

71. Algunos países (por ejemplo, Bhután, el Canadá, Chequia, Francia, Nueva Zelandia, el Paraguay y Suiza) no tienen autoridades especializadas en ninguno de los aspectos mencionados anteriormente. Apenas unos pocos países (por ejemplo, Malta) han previsto formas de especialización en lo que respecta a la iniciativa y a las resoluciones sobre la imposición de medidas de decomiso sin condena.

72. En algunos países (como en Australia) existe especialización a nivel de las fuerzas policiales competentes.

73. En otros países (por ejemplo, en Austria, Malta y Singapur), hay fiscalías especializadas que se encargan de tramitar los casos de decomiso sin condena.

74. En Malta y en México hay jueces especializados en casos de decomiso, tanto sin condena como basado en una condena.

#### *La prueba y el criterio de prueba*

75. En la gran mayoría de los países no es necesario probar la culpabilidad de la persona acusada para decomisar los bienes sin que medie una condena. Lo que se considera esencial es el vínculo entre el bien y el delito. A menudo basta con probar que existe un delito y que también existe un vínculo o conexión entre los bienes y el delito. Esto es diferente en los países que se atienen al régimen clásico penal de decomiso sin condena (por ejemplo, en Francia y en Qatar), en los que solo es posible decomisar cuando no se ha podido procesar o condenar por el delito. A veces, sin embargo, en los países que aplican un régimen de decomiso civil (como en Singapur) se exige probar la culpabilidad.

76. En algunos de los países que utilizan el modelo de decomiso civil (especialmente los que se rigen por el derecho anglosajón), el criterio de prueba suele ser el cálculo de probabilidades (por ejemplo, en Australia, las Bahamas, Brunei Darussalam, los Estados Unidos, Mauricio, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Singapur), a veces también denominado “preponderancia de las pruebas” (por ejemplo, en Bhután).

77. Sigue habiendo incertidumbre sobre cómo se aplica exactamente el criterio y si el cálculo de probabilidades se define de manera uniforme en los distintos países. Algunos países (por ejemplo, las Bahamas) aclaran que para basarse en el cálculo de probabilidades sigue siendo necesario que la decisión se adopte con una certeza basada en motivos razonables, aunque no está claro si eso representa un criterio más exigente. En otros países (como el Reino Unido) se discute si el criterio del cálculo de probabilidades es flexible y si podría exigirse un criterio ligeramente más exigente en los casos de decomiso sin condena que en los casos ordinarios (es decir, un “criterio de prueba civil reforzado”).

78. En otros países (por ejemplo, en Austria y Chequia) el decomiso solo puede decretarse basándose en el criterio probatorio tradicional aplicable a las causas penales.

79. En Suiza se emplea el mismo criterio que en el proceso penal, aunque las medidas de decomiso son de carácter independiente y autónomo. La legislación nacional establece el criterio de la “íntima convicción” (es decir, la convicción personal del tribunal tras examinar todas las pruebas). Este criterio es, en última instancia, muy similar al de “más allá de toda duda razonable”.

80. Si bien el criterio del cálculo de probabilidades normalmente corresponde al modelo de decomiso civil, en tanto que el criterio del convencimiento “más allá de toda duda razonable” está más en consonancia con los regímenes penales de decomiso sin condena, esta correspondencia bilateral no es automática. En Alemania, por ejemplo, el criterio de prueba es el del convencimiento “más allá de toda duda razonable”, si bien se considera que los procedimientos de decomiso sin condena son de carácter civil y se rigen por las normas procesales civiles.

#### *Carga de la prueba*

81. La carga de la prueba suele recaer en las autoridades que inician el procedimiento.

82. Sin embargo, en algunos países puede recaer en la parte interesada. Por ejemplo, en Malta y en México corresponde a la persona interviniente probar el derecho de propiedad sobre la cosa, así como su buena fe.

83. Además, el empleo de presunciones *juris tantum* puede a la larga dar lugar a que se exija a la parte interesada que pruebe que el bien no estaba relacionado con un delito o que fue adquirido legítimamente.

#### *Presunciones*

84. Los ordenamientos jurídicos suelen admitir el uso de presunciones *juris tantum*. Un ejemplo recurrente es la presunción sobre el origen ilícito de un patrimonio no

justificado excesivo (por ejemplo, en Australia y Singapur). El empleo de esa clase de presunciones hace que el régimen nacional de decomiso sin condena se acerque más al modelo basado en el enriquecimiento ilícito o excesivo (véase el párrafo 25).

85. En México existe la presunción del origen lícito del bien (por ejemplo, cuando la persona puede probar que lo adquirió antes de que se cometiera el delito, o que ha pagado todos los impuestos y contribuciones derivados de la propiedad o de la posesión de buena fe).

#### *Clases de pruebas*

86. La principal distinción en este sentido es, evidentemente, la aplicación de normas probatorias típicas del procedimiento civil y la aplicación de las normas del proceso penal. En algunos países (por ejemplo, Italia), puede haber mecanismos mixtos vinculados a los dos marcos jurídicos.

87. Si bien el marco jurídico para la obtención de pruebas puede ser de orden civil o penal, no se informó de ninguna limitación importante en lo que respecta al uso de las pruebas en ninguno de los dos marcos.

#### *Protección de terceros*

88. En los procedimientos de decomiso sin condena normalmente se otorga protección a los terceros de buena fe.

89. En los mecanismos civiles de recuperación de activos, los terceros son “partes interesadas”, es decir, las personas que intentan lograr que se anule la orden de decomiso probando su legítimo título de propiedad.

## **VII. Medidas provisionales**

90. En el artículo 2, párrafo f), de la Convención, por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende una medida provisional o temporal que prohíbe transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes o que permite a las autoridades públicas asumir la custodia o el control temporales de estos “sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente”. En algunos países estas medidas se conocen con el nombre de órdenes de inmovilización u órdenes de inmovilización temporales.

91. Como se mencionó anteriormente (véase el párr. 8), el alcance exacto de las medidas de embargo preventivo o incautación decretadas sin que medie una condena puede verse afectado por el concepto de condena.

92. Las medidas de embargo preventivo o incautación pertinentes a efectos del presente documento son únicamente las medidas provisionales encaminadas a garantizar la posterior ejecutabilidad de las medidas de decomiso sin condena, con excepción de las medidas provisionales que se decreten en el contexto del proceso penal que tenga por objeto establecer la culpabilidad del acusado. No obstante, a veces es difícil, o incluso imposible, establecer una clara distinción entre unas y otras. Esto sucede, en particular, cuando la medida de decomiso sin condena puede decretarse en el mismo proceso penal destinado a establecer la culpabilidad de una persona (por ejemplo, en Francia). En el caso de países con regímenes en los que las medidas de decomiso sin condena se decretan al margen del proceso penal, puede haber un régimen separado de medidas provisionales de inmovilización. Sin embargo, incluso en esos países (por ejemplo, Italia), estas medidas pueden superponerse a las órdenes de incautación o de embargo preventivo dictadas en el marco del proceso penal, al menos cuando el procedimiento de decomiso sin condena puede tramitarse paralelamente a este.

93. La gran mayoría de las respuestas apuntan a la posibilidad de imponer medidas de embargo preventivo o de incautación como medios de inmovilización provisional con miras a proceder al decomiso sin condena. De hecho, es frecuente que una medida de decomiso sin condena vaya precedida de una orden de inmovilización provisional (por

ejemplo, en Australia e Italia). Solo en unos pocos Estados no es posible decretar medidas provisionales (por ejemplo, en Bután).

94. Algunas veces el criterio de prueba exigido para la imposición de medidas provisionales es menos exigente que en el caso de las medidas de decomiso, lo que podría agravar las preocupaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales.

## VIII. Prescripción

95. En las respuestas no siempre se podía determinar claramente si el plazo de prescripción aplicable al decomiso sin condena era igual o más limitado que en los casos de decomiso en que mediara una condena.

96. En este contexto, pueden aplicarse diferentes opciones: en algunos países (por ejemplo, en Austria), el plazo de prescripción del decomiso sin condena es equivalente al del delito determinante, mientras que en otros (por ejemplo, en Chequia, Letonia y Suiza) es el mismo que el que rige para el decomiso en que medie una condena.

97. En otros países (como Alemania), la prescripción que rige en los dos casos está claramente diferenciada, y normalmente el plazo es más largo en el caso de las medidas de decomiso sin condena que en el del decomiso en que medie una condena. En algunos países (por ejemplo, en Australia y Bhután), las medidas de decomiso sin condena no prescriben.

## IX. Destino que se da al producto decomisado

98. Unos pocos países (por ejemplo, Singapur) carecen de una norma específica sobre el destino que se puede dar a los fondos decomisados. A menudo (por ejemplo, en Alemania, Indonesia y Mauricio), los objetos decomisados sirven para indemnizar a las víctimas. A veces (por ejemplo, en Chequia, Francia y México), esto se complementa con la asignación de un porcentaje del valor decomisado a un fondo general para la protección de las víctimas.

99. En algunos países, los activos se transfieren a cuentas o fondos públicos especiales.

100. En algunos países (por ejemplo, en Australia, Francia, Italia, Mauricio y México) hay oficinas centrales especializadas que se encargan de administrar los activos decomisados, mientras que en otros no hay un centro de administración y la tarea se encomienda a los tribunales o a las fiscalías (como en el Canadá) o a terceros delegados (como en Nueva Zelandia).

101. También puede haber normas especiales concernientes a la administración de las empresas y fábricas, cuyos beneficios se confían al Estado (por ejemplo, en Colombia e Italia).

## X. Cooperación internacional

102. Algunos países señalaron expresamente que no ejecutaban o no podían ejecutar órdenes de decomiso sin condena dictadas por tribunales de otros países. En algunos países (como Albania, Chile y la República Dominicana), esa es la consecuencia natural del hecho de que la legislación nacional no reconoce la posibilidad de adoptar medidas de decomiso sin condena. La cooperación con respecto a las medidas de decomiso sin condena puede ser posible en circunstancias excepcionales, incluso cuando el ordenamiento jurídico nacional no prevea medidas internas de decomiso sin condena (por ejemplo, en el Togo).

103. En ocasiones, la negativa a cooperar con respecto a las medidas de decomiso sin condena no se corresponde con la ausencia de medidas internas en ese sentido. Por

ejemplo, en Bhután y el Canadá la cooperación con las órdenes extranjeras solo es posible con respecto al decomiso basado en una condena.

104. En general, en la gran mayoría de los países se prevé la posibilidad de cooperar con respecto a las medidas de decomiso sin condena. En algunos países, sin embargo, el fundamento jurídico correspondiente no parece ser muy claro o detallado. En Francia, por ejemplo, se admite la cooperación, pero el fundamento jurídico depende de la decisión del Tribunal de Casación.

105. Cuando la posibilidad de adoptar medidas de decomiso sin condena en el marco de procesos internos es limitada, esto puede reflejarse, a veces, en el alcance de la cooperación, que puede limitarse a los casos de decomiso sin condena previstos en el derecho interno (por ejemplo, en Chequia). De modo análogo, en otros países (como en Australia), la cooperación se limita al decomiso sin condena en relación con delitos graves (y puede estar sujeta a la autorización del fiscal general u otra autoridad competente).

106. En el ámbito de la Unión Europea, la cooperación en cuanto a las órdenes de decomiso se rige por el principio del reconocimiento mutuo y, actualmente, también por el Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, que no excluye la cooperación en casos de decomiso sin condena. De hecho, por resolución de decomiso se entiende una “sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relativo a un delito”, por lo que no es absolutamente necesario que exista una condena. Sin embargo, los procedimientos civiles de recuperación de activos que estén completamente desvinculados de un proceso penal no están incluidos en este régimen de cooperación. Por otra parte, algunos de los motivos de denegación previstos en el reglamento pueden dar lugar a que los Estados miembros se nieguen a cooperar, lo que está vinculado, en particular, a la protección de los derechos de las personas afectadas en el Estado de la ejecución.

#### *Cooperación en lo que respecta a las medidas de decomiso basadas en el valor*

107. En la mayoría de los países, cuando la cooperación para la ejecución del decomiso sin condena es posible, también lo es con respecto a las medidas basadas en el valor.

108. Si en un país no se admite la cooperación en lo que respecta a las medidas de decomiso sin condena, tampoco se admitirá para el decomiso basado en el valor.

#### *Condiciones*

109. Al parecer, en casi todos los países es necesario presentar una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca.

110. En virtud de una reserva expresa formulada a la Convención, el Canadá solo permite la cooperación con respecto a las órdenes dictadas por un tribunal que goce de jurisdicción en lo penal.

111. En algunos países (como en Austria), la persona afectada tiene derecho a ser escuchada antes de que se ejecute una medida. En Australia, la ley aplicable ampara los derechos que tengan sobre el bien los terceros de buena fe que aleguen detentar un derecho sobre dicho bien. El artículo 34C de la Ley de Asistencia Mutua en Asuntos Penales de 1987 establece un proceso por el cual un tercero afectado puede presentar una solicitud a un tribunal para determinar su legítimo derecho sobre los bienes que son objeto de una orden de decomiso extranjera.

#### *Doble incriminación*

112. La gran mayoría de los países (entre ellos Bhután, el Canadá y Suiza) exigen que exista doble incriminación.

113. Cabe observar que no queda totalmente claro con qué profundidad se determina si existe doble incriminación. Si el requisito se aplicara estrictamente, se exigiría que se dictaran medidas de decomiso sin condena con respecto a un delito claramente

identificado. Además, subsiste la duda de si la doble incriminación se establece respecto de la existencia del delito únicamente, o también de la responsabilidad del delincuente.

114. Otro aspecto problemático es si la doble incriminación puede interpretarse simplemente en relación con el delito determinante (es decir, que el hecho también constituya delito en el país requerido), o si, por el contrario, puede interpretarse con más firmeza, en el sentido de que el hecho no solo deba constituir un acto punible, sino que también deba ser uno de los delitos por los que la medida podría imponerse a nivel interno (por ejemplo, un delito grave en el Canadá).

#### *Cooperación en lo que respecta a las medidas provisionales*

115. El hecho de negarse a cooperar respecto de las medidas provisionales suele ser consecuencia simplemente de una imposibilidad más general de ejecutar medidas de decomiso (por ejemplo, en Bhután y el Canadá). Sin embargo, como ya se ha mencionado, también puede ocurrir lo contrario, y algunos países podrían estar más dispuestos a reconocer las medidas provisionales de inmovilización, embargo preventivo o incautación, al menos las que sean impuestas por autoridades con jurisdicción en asuntos penales, ya que para esas medidas no es necesario que medie una condena (por ejemplo, en Albania y, en menor medida, en Chile).

## **XI. Dificultades**

116. Muchos países respondieron que no habían tropezado con dificultades relacionadas con la aplicación de medidas de decomiso sin condena, y que esa cuestión no había sido objeto de controversia. No obstante, en muchos países (por ejemplo, en las Bahamas), esto es consecuencia de la escasa frecuencia con que estas medidas se han aplicado en la práctica.

117. En general, una dificultad persistente sigue siendo la confusión terminológica, que podría dar lugar a graves malentendidos.

#### *Protección de los derechos fundamentales*

118. Se adujeron pocos motivos para no implantar medidas de decomiso sin condena. Los motivos más fuertes para no hacerlo parecen estar relacionados con preocupaciones acerca de la protección de los derechos fundamentales.

119. La mayoría de los países, entre ellos Alemania, Australia, Bulgaria, Chequia y Eslovenia, destacaron cuestiones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales. En muchos países (por ejemplo, en Alemania y Australia), esas cuestiones fueron objeto de litigio ante los tribunales nacionales superiores y finalmente se resolvieron.

#### *La presunción de inocencia*

120. Las preocupaciones expresadas suelen estar relacionadas con la presunción de inocencia (por ejemplo, en Singapur). Eso ocurre especialmente cuando las medidas de decomiso sin condena se consideran sanciones impuestas a personas no condenadas. Es más fácil extraer esa conclusión en los casos en que se decomisa el bien debido a su vínculo con una persona y no a su vinculación inherente con un delito. Los casos de decomiso de patrimonio no justificado podrían suscitar preocupaciones similares. Cuando la medida se adopta tras una evaluación de la vinculación entre el patrimonio y un delito, especialmente empleando un criterio de prueba más exigente, resulta más difícil concluir que se está vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. En el caso de Singapur, las preocupaciones se contrarrestaron con el argumento de que la carga de la prueba recaía en la fiscalía, que debía probar la actividad delictiva.

#### *Garantías de un juicio imparcial y derechos de la defensa*

121. Otro problema que se suele destacar es el riesgo de no amparar debidamente las garantías de un juicio imparcial y los derechos de la defensa (por ejemplo, en Australia).

Algunas veces esa cuestión se plantea en relación con la presunción de inocencia, para argumentar que una persona se ve obligada a probar su inocencia a fin de lograr que se anule una orden. En ocasiones también se plantea por separado, porque el procedimiento de decomiso sin condena es más sencillo y menos formalista y entraña criterios probatorios menos exigentes que un juicio penal.

#### *Derecho de propiedad*

122. Otro problema en que se hace hincapié es el riesgo de restringir de manera excesiva o desproporcionada el derecho de propiedad. Por ejemplo, Australia se refirió al problema de respetar las protecciones constitucionales relativas a la adquisición de bienes en condiciones justas. Es lo que sucede, en particular, cuando las medidas de decomiso sin condena se interpretan en relación con la posesión de un patrimonio no justificado, o cuando existen presunciones que dan lugar a un resultado similar. En cualquier caso, para no restringir excesivamente el derecho de propiedad, siempre debería poderse aplicar el principio de proporcionalidad en ese ámbito.

#### *Facultades discrecionales ilimitadas y parcialidad de la policía*

123. Las cuestiones relativas al respeto de los derechos fundamentales también pueden estar vinculadas a problemas de discrecionalidad judicial excesiva, sin límites, de las autoridades públicas competentes (por ejemplo, en Australia). Nueva Zelanda destacó los problemas de discrecionalidad con respecto al papel de la policía. En particular, preocupaba el riesgo de que la policía no actuara con imparcialidad y abusara de sus poderes al iniciar un procedimiento y presentar pruebas, pese a que la orden solo podía ser dictada por un tribunal. La República Dominicana expresó su preocupación por el posible abuso de las medidas de decomiso sin condena a nivel político.

#### *Principio non bis in idem (excepción de cosa juzgada)*

124. Algunos Estados (por ejemplo, Australia) también mencionaron el problema de las medidas de decomiso sin condena relativas en esencia a los mismos cargos imputados en causas penales ya resueltas (*non bis in idem*). Se trata de un asunto especialmente complicado, ya que depende de cómo se califique la medida y de la forma que se dé a esta. Si la medida puede equipararse a una sanción, el hecho de que la persona previamente haya sido absuelta, o condenada por los mismos cargos, plantea un problema jurídico importante, ya que normalmente sería inadmisibles encausarla por segunda vez. En cambio, si la medida se orienta más hacia la prevención del delito y la protección de la seguridad pública, podría superarse el obstáculo que plantea el principio de *non bis in idem*. Incluso en caso de que el delincuente ya haya sido condenado, parecería legítimo decomisar todos los activos relacionados con el delito, o derivados de él, con el objeto de eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito, así como todos los incentivos para participar en actividades delictivas.

#### *Otras cuestiones*

125. Algunos países (como Indonesia y la República de Moldova) señalaron que no contaban con una legislación amplia en ese ámbito. La aplicación práctica de las medidas a nivel nacional y en los casos transfronterizos se ve afectada por esa vaguedad.

126. Algunos países (como el Canadá) han tropezado con dificultades en lo que respecta a la división interna de poderes (entre las leyes provinciales y federales), en particular cuando las distintas instancias de gobierno emplean regímenes de decomiso diferentes (es decir, penales y civiles).

127. Otra cuestión problemática que queda por resolver es si los delitos fiscales también deberían incluirse en la lista de delitos determinantes.

128. Los Estados no han mencionado problemas concretos respecto a la aplicación de la norma de doble incriminación. La armonización de este requisito entre los Estados puede contribuir a reducir fricciones en las actividades de cooperación.



129. Un aspecto que rara vez se menciona en las respuestas es el de la localización de los activos al ejecutar órdenes de decomiso extranjeras. Si los bienes están identificados exactamente en la orden, la ejecución de esta, sin duda, será más rápida. Sin embargo, no siempre es posible hacerlo así.

## **XII. Buenas prácticas**

### *El decomiso sin condena en general*

130. Las respuestas recibidas no ofrecían una imagen muy completa de lo que funcionaba efectivamente en la práctica.

131. Algunas buenas prácticas podrían inferirse *a contrario sensu* de las dificultades señaladas. Debe tenerse muy en cuenta la preocupación por el respeto de los derechos fundamentales, lo que podría dar lugar a configurar las normas de manera que se lograra minimizar toda fricción con los derechos.

132. Sin lugar a dudas, sería muy conveniente que las leyes nacionales regularan de manera amplia los mecanismos y la aplicación del decomiso sin condena, especialmente en lo relativo a la cooperación internacional.

133. Una primera buena práctica podría ser evitar que las medidas de decomiso sin condena tengan efectos excesivamente indiscriminados. La introducción de una disposición sobre dificultades apremiantes o circunstancias excepcionales, como la utilizada en Nueva Zelandia, podría limitar esos efectos.

134. En general puede observarse que en algunos países todavía se aplican medidas de decomiso sin condena en las que el carácter ilícito del bien se determina más en función de su vínculo con una persona que por su conexión con un acto delictivo. Hacer hincapié en el carácter ilícito de los bienes puede ayudar a aliviar las preocupaciones relacionadas con la presunción de inocencia. Si se dicta una medida contra el bien debido a su naturaleza delictiva, y no por estar en posesión de un posible delincuente, hay menos margen para argumentar que la medida es, en esencia, una sanción.

135. La especialización de las fiscalías y la existencia de poderes efectivos para el rastreo de activos ilícitos contribuyen a aumentar la eficacia de las medidas de decomiso sin condena.

136. En cuanto a la amplitud de las medidas, el hecho de estar vinculadas a determinados delitos podría crear problemas de aplicación en caso de producirse cambios en las clasificaciones jurídicas. Al respecto, una buena práctica sería ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de decomiso sin condena para hacerlas extensivas a la mayor cantidad posible de delitos. También parece ser una buena práctica definir el ámbito de aplicación de la medida no solo con respecto al tipo de delitos, sino también a la cantidad de activos ilícitos (como en el caso de Nueva Zelandia).

137. La existencia de autoridades centralizadas para la administración de los fondos contribuye a garantizar que se dé al producto decomisado el mejor uso posible con fines públicos y sociales.

### *Cooperación en materia de decomiso sin condena*

138. Habida cuenta de las fricciones a que puede dar lugar el control de la doble incriminación, es una buena práctica aclarar la interpretación del concepto en cada país. Al respecto, lo ideal sería que ese requisito se interpretara en el sentido de que el delito determinante también esté penalizado en el país requerido (independientemente de las clasificaciones internas y de la gravedad de los delitos). También es una buena práctica considerar la doble incriminación un motivo opcional de denegación.

139. Una buena práctica en lo que respecta a la cooperación para el decomiso sin condena sería prever expresamente no solo la ejecución de la orden extranjera, sino también la posibilidad de iniciar un procedimiento interno de decomiso sin condena sobre la base de la orden extranjera.

### **XIII. Debate del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos en la reunión celebrada en Viena del 6 al 10 de septiembre de 2021**

140. La secretaría presentó el análisis mencionado a la atención del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos en su reunión celebrada en Viena del 6 al 10 de septiembre de 2021 (CAC/COSP/WG.2/2021/4) y organizó un debate temático al respecto. Presentaron ponencias panelistas de Colombia, Nueva Zelandia, la Federación Rusa y Singapur.

141. En el debate, los oradores se refirieron a los mecanismos y procedimientos de decomiso sin condena en sus jurisdicciones, destacaron la necesidad de abordar las deficiencias en lo relativo a la recuperación de activos y señalaron los principales riesgos y dificultades y la importancia de elaborar nuevas herramientas para hacerles frente (CAC/COSP/WG.2/2021/5, párrs. 42 a 50).

### **XIV. Conclusiones y medidas que podrían adoptarse en el futuro**

142. Si bien el decomiso sin condena puede ser un instrumento eficaz para la recuperación de activos en casos complejos de corrupción transnacional, el análisis presentado demuestra que sigue siendo una esfera muy técnica en la que muchos países aún carecen de experiencia práctica; además, la UNODC solo recibió respuestas a su cuestionario de 44 Estados partes.

143. Al respecto, la Conferencia tal vez desee determinar cuáles serían las dificultades y buenas prácticas señaladas en el presente documento que convendría examinar más fondo.

144. La Conferencia tal vez desee también considerar la posibilidad de buscar formas de seguir armonizando los criterios jurídicos y la terminología que se utilizan en el contexto del decomiso sin condena.

145. Además, la Conferencia quizás también desee considerar la posibilidad de reforzar la eficacia de la ejecución de las órdenes extranjeras de decomiso sin condena. Una cuestión especialmente importante podría ser cómo encontrar un mecanismo de cooperación óptimo aplicable a las medidas de decomiso sin condena que formen parte de los “modelos civiles”, habida cuenta de que, si bien la Convención exige que se preste cooperación en asuntos penales, la cooperación en cuestiones civiles y administrativas no es obligatoria (artículo 43 de la Convención).

146. A la luz de lo expresado, y en la inteligencia de que la información analizada a efectos del presente documento se utilizará en un examen posterior para la actualización del estudio de la Iniciativa StAR titulado *Recuperación de activos robados: guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, la Conferencia tal vez desee considerar la posibilidad de impartir orientación a la UNODC acerca de su futura labor en relación con los procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena, y sobre la conveniencia de distribuir otras solicitudes de información sobre este tema entre los Estados partes.