



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

Distr. general  
2 de julio de 2021  
Español  
Original: inglés

## Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos

Viena, 6 a 10 de septiembre de 2021

Tema 4 b) del programa provisional\*

**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**

## Procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena

### 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, información esta que será objeto de las deliberaciones de la 15ª reunión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos.

\* [CAC/COSP/WG.2/2021/1](#).



## I. Introducción

1. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece medidas encaminadas a mejorar la cooperación en la esfera de la recuperación de activos. En este contexto, y con arreglo al artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención, los Estados Partes deben considerar la posibilidad de prever el decomiso sin condena, es decir, el decomiso de bienes sin que medie una condena.
2. La importancia y la utilidad práctica de los procedimientos que permiten el decomiso del producto de la corrupción sin que medie condena han sido objeto de examen en las reuniones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, y el decomiso sin condena en general también se ha considerado una buena práctica en el marco del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (véase, por ejemplo, el documento [CAC/COSP/IRG/2021/7](#)).
3. En 2009, la Iniciativa para la Recuperación de Activos Robados (StAR), establecida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial, publicó un estudio titulado “Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena”, en el que se hacía hincapié en que el decomiso de bienes sin que medie condena es un mecanismo fundamental para recuperar el producto y los instrumentos de la corrupción, en particular en los casos en que el producto se transfiere al extranjero.
4. En su resolución 8/9, titulada “Fortalecer la recuperación de activos en apoyo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 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 permitían el decomiso del producto de la corrupción sin que mediase condena de los Estados partes que hubieran adoptado medidas de ese tipo de conformidad con el artículo 54, párrafo 1 c), de la Convención.
5. La presente nota se ha elaborado a partir de información de fuente abierta y de publicaciones autorizadas. También se utilizó información proporcionada por 43 Estados partes en respuesta al cuestionario de 2021 de la UNODC sobre el decomiso sin condena, que se adjuntó a una nota verbal distribuida por la Secretaría en febrero de 2021<sup>1</sup>. El alcance de la información variaba; algunos Estados proporcionaron respuestas amplias y otros comunicaron información específica para describir los mecanismos de decomiso sin condena que existían en sus jurisdicciones, dieron a conocer las dificultades con que habían tropezado y formularon sugerencias con respecto a las buenas prácticas aplicadas en esa esfera, todo lo cual se examina más adelante.
6. Se espera que la información que figura en la presente nota pueda servir de referencia útil para las deliberaciones del Grupo de Trabajo, así como para futuras actualizaciones del estudio de la Iniciativa StAR sobre el decomiso sin condena.

## II. Terminología

7. En aras de una mayor claridad, conviene abordar desde el principio algunas cuestiones terminológicas.

---

<sup>1</sup> Albania, Alemania, Arabia Saudita, Australia, Austria, Bahamas, Bahrein, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chequia, Chile, Croacia, Cuba, Eslovenia, Francia, Georgia, Indonesia, Kenia, 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.

*Decomiso y bienes*

8. En el artículo 2 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, el término “confiscation” “incluye el decomiso cuando sea aplicable”, aunque ese término no se define expresamente<sup>2</sup>. En el artículo 2 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”. El artículo 31 contiene requisitos detallados para que los Estados partes puedan proceder al decomiso en sus jurisdicciones.

*Decomiso sin condena y decomiso ampliado*

9. Cabe distinguir entre el decomiso ampliado y el decomiso sin condena. 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 redunde en una condena. 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 comience pero no pueda llegar a su fin (como ocurre cuando el acusado fallece o se da a la fuga después de haberse formulado los cargos contra él). Dicho de otro modo, el decomiso sin condena es la medida que se impone cuando ningún tribunal ha pronunciado un veredicto de culpabilidad contra la persona acusada, y esta es también la característica que distingue ese concepto del de decomiso ampliado, en 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*

10. Las medidas de decomiso basadas en una condena pueden ir precedidas de órdenes provisionales o temporales de inmovilización, embargo preventivo o incautación. Debido a su carácter preventivo y provisional, estas medidas se adoptan antes de proceder al decomiso. Por esta razón, algunos países (como Chequia) tratan esos casos como decomiso sin condena. Sin embargo, es una convención aceptada que esas son las medidas finales de privación de los bienes con carácter definitivo -es decir, cuando el decomiso entraña una pérdida irrevocable del derecho de propiedad del titular-, que no exigen que medie una condena. Las medidas cautelares adoptadas en el marco del procedimiento de decomiso basado en una condena no están comprendidas en esta categoría, ya que deben ser levantadas, en última instancia, si la persona acusada no es condenada (a menos que se conviertan en otras medidas de decomiso).

*Concepto de “condena”*

11. En algunos países, por “condena” se entiende la resolución dictada por un tribunal tras un juicio, aunque sea en primera instancia, si bien otros países la consideran una decisión 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 decomiso provisional (es decir, una medida de embargo preventivo o de incautación) que preceda a un decomiso basado en una condena.

12. 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

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

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

condenado en primera instancia. En la apelación, los tribunales superiores pueden dictaminar que la causa ha prescrito y decretar el decomiso del producto del delito. En Italia muchos consideran esta posibilidad un caso de decomiso sin condena.

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

14. Al parecer, los países de tradición jurídica anglosajona tienden a considerar todas las medidas de decomiso dictadas sin que medie una condena en ninguna etapa como si fueran medidas de decomiso sin condena, 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 no siempre aflora de manera evidente, pero puede influir en gran medida en la prestación de cooperación judicial en la práctica.

*Actio in rem y actio in personam*

15. 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 en su carácter ilícito o sospechoso, no en la responsabilidad de un individuo. 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, típica del derecho anglosajón. No obstante, cabe señalar que el artículo 54 de la Convención no excluye la posibilidad de que el bien sea decomisado como consecuencia de su vínculo con una persona, como ocurre en algunos países.

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

*Observaciones generales*

16. 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 incluso sin que medie una condena. A pesar de este rasgo común, los ordenamientos nacionales parecen variar considerablemente.

*Diferentes modelos*

17. Los modelos de decomiso sin que medie condena se clasifican de diferentes maneras. Por ejemplo, recientemente se dieron ejemplos de posibles modelos en un informe de 2019 de la Comisión Europea en el que se mencionaban 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*, es decir, centrado en los bienes, y d) el modelo de patrimonio no justificado<sup>4</sup>. Sin embargo, como se ha mencionado, el decomiso ampliado debería abordarse por separado del decomiso sin condena.

18. El primer paso en la clasificación es diferenciar entre dos opciones básicas, dependiendo de que los países hayan formulado un régimen de decomiso sin condena

<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 (Análisis de las medidas de decomiso sin condena en la Unión Europea), 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.

en el ámbito de la justicia penal o un régimen ajeno a este<sup>5</sup>. Si bien no es necesario insistir demasiado en esa distinción, de todos modos sigue siendo pertinente, incluso en lo que respecta al marco aplicable de derechos fundamentales.

#### *Regímenes de decomiso civil*

19. 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, donde el modelo de decomiso civil de bienes corresponde a un arquetipo tradicional de esa cultura jurídica<sup>6</sup>. Sin embargo, los “regímenes civiles” de decomiso sin condena también están pasando rápidamente a ser cada vez más aceptados en otros países que no se rigen por el derecho anglosajón.

20. 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 un individuo. Suelen llamarse procedimientos *in rem* porque van dirigidos contra la cosa ilegal. Cuando se considera que el bien es sospechoso, se procede a su incautación o inmovilización, con la consiguiente posibilidad de que el titular proteja su derecho de propiedad ante un tribunal. Las autoridades comunican suficiente información pública sobre la incautación de bienes sospechosos, lo que permite a los (presuntos) titulares iniciar un procedimiento con objeto de proteger su derecho de propiedad. 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 legítima se llevan a cabo con arreglo a las normas de procedimiento civil<sup>7</sup>.

#### *Modelos de regímenes “penales” de decomiso sin condena como alternativas ante la imposibilidad de que se inicie un juicio o se pronuncie una sentencia condenatoria*

21. En otros casos, en cambio, 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 no permiten a los tribunales pronunciar un veredicto de culpabilidad (porque el delito ha prescrito o a causa de otras limitaciones procesales).

22. La disposición de la Convención contra la Corrupción parece referirse más directamente a este tipo de decomiso sin condena como alternativa del decomiso clásico, si bien no excluye un enfoque más amplio en el sentido de establecer el decomiso como medida totalmente autónoma, independientemente del resultado del proceso penal.

23. En muchos países esos regímenes de decomiso sin condena se encuentran dentro del sistema de justicia penal, a veces incluso incorporados en el mismo proceso penal concerniente al delito determinante. Esto sucede, en particular, en Chequia y Francia y, en cierta medida, en el Canadá (con respecto a su legislación federal). La forma básica del modelo alternativo de decomiso (penal) sin condena es, en realidad, aquella en que

<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” (n.p., 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, Edward Elgar Publishing, 2009), pág. 24; 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.

<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”.

la medida se decreta en el marco del mismo proceso penal encaminado a imponer una sanción al infractor, y siempre y cuando resulte imposible imponerla (por motivos de fallecimiento, fuga, o prescripción). Estos modelos de decomiso “penal” sin condena, en los que el decomiso principalmente se considera una alternativa cuando el juicio está bloqueado, se ha malogrado o aún no se ha iniciado, suelen atenerse a las normas del proceso penal.

24. En algunos países esos procedimientos se interpretan como alternativas ante la imposibilidad de que se celebre un juicio o se pronuncia una sentencia condenatoria, y se rigen por el código penal. Sin embargo, 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 de 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*

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

26. Algunas de las variaciones descritas anteriormente de los modelos penales de decomiso sin condena (véase el párr. 24) también podrían pertenecer a la categoría de modelos híbridos. Por otra parte, existen regímenes 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 patrimonio excesivo o no justificado*

27. Existe otro tipo de modelo de decomiso sin condena: un régimen de decomiso basado en el patrimonio no justificado (o enriquecimiento ilícito), en el que 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 particular en los casos en que este parece desproporcionado con respecto a los ingresos del propietario. En algunos países existe un régimen de esa índole (por ejemplo, en Italia, y también en Cuba y Letonia, pero solo en relación con los funcionarios públicos), en combinación o no con otras medidas de decomiso sin condena. Ese mecanismo se somete a consideración de los Estados partes en el artículo 31, párrafo 8, de la Convención contra la Corrupción. Además, la Convención contiene un artículo separado sobre el enriquecimiento ilícito (art. 20) que también puede dar lugar al decomiso del producto ilícito.

28. El mismo resultado puede obtenerse a nivel probatorio. Dentro de ambos grupos (es decir, los países que utilizan modelos de decomiso civil y los que utilizan modelos de decomiso penal sin condena), hay países que emplean formas de presunción relacionadas con la constatación de un enriquecimiento desproporcionado o un patrimonio 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. 88 y 90).

29. Los regímenes basados en el patrimonio no justificado pueden estar incorporados al proceso penal (por lo que se asemejan más al modelo de decomiso penal sin condena) o, por el contrario, 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*

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

31. En otros casos (como en Francia) en los que el dictamen sobre el carácter ilícito de la cosa está relacionado con el resultado del proceso penal (por ejemplo, la imposibilidad de pronunciar una sentencia condenatoria debido a la prescripción, o al fallecimiento o la fuga del acusado), es más difícil establecer si la medida se toma únicamente por estar vinculada a un delito, o también por su vinculación con una persona.

32. Existen aún otros casos en que 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 italiana antimafia, con arreglo a la cual se decomisan los bienes de una persona sospechosa de estar implicada en delitos de las mafias, de corrupción u otros delitos graves, o de llevar una vida deshonesta.

33. Los regímenes basados en el patrimonio excesivo o no justificado (o en presunciones similares) 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*

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

35. En Alemania, en virtud de algunas disposiciones, es posible decomisar todos los bienes vinculados a una actividad delictiva, pero otra disposición faculta a las autoridades para decomisar todos los bienes sospechosos, aunque solo si están presuntamente relacionados con determinados delitos.

36. En otros casos, la diferencia entre los regímenes puede ser más fundamental. En Italia, además de un régimen completo de decomiso sin condena al margen del proceso penal, existe también una posibilidad más limitada de dictar una medida de decomiso en el marco del proceso penal cuando el acusado es absuelto en apelación. Asimismo, en Bosnia y Herzegovina existe un mecanismo de decomiso civil, además de un régimen comprendido en el proceso penal (que ofrece la posibilidad de decomisar activos cuando el acusado no puede ser procesado debido a una enfermedad o por haber fallecido o haberse dado a la fuga). Al parecer, en Cuba también se emplean diferentes regímenes (es decir, administrativo y judicial).

37. Cabe observar que cuando el régimen de medidas de decomiso sin condena es aplicable indistintamente a los bienes adquiridos de manera ilícita, por lo general es menos necesario que existan diferentes regímenes y condiciones. No obstante, no se descarta la posibilidad de introducir mecanismos superpuestos con miras a reforzar la eficiencia de los procedimientos de recuperación de activos ilícitos.

*El decomiso como sanción*

38. Una pregunta importante es si las medidas de decomiso sin condena pueden calificarse de sanciones<sup>8</sup>. La respuesta a esto influye en la manera de determinar si la medida vulnera o no los derechos fundamentales y también, ciertamente, en las normas que la conforman, así como, en última instancia, en el procedimiento de recuperación de activos. Cabe señalar que los mecanismos de decomiso civil también pueden calificarse de sanciones, de la misma manera que las medidas dictadas en el marco de un proceso penal no necesariamente deben calificarse de sanciones. Es importante

<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.



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 los interesados para impugnar la orden.

#### IV. Alcance del decomiso sin condena

*Alcance del decomiso sin que medie condena en relación con el artículo 54 de la Convención contra la Corrupción*

39. En el artículo 54 de la Convención contra la Corrupción se establece un mínimo común denominador en los casos de decomiso sin condena: se trata de casos en los que el delincuente no puede ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o “en otros casos apropiados”. Sin embargo, al parecer, en la gran mayoría de los regímenes examinados se han decretado medidas de decomiso sin condena que trascienden con creces esos casos.

40. 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, es el caso de la legislación federal del Canadá, que 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 (si bien es cierto que varias leyes provinciales de Canadá han introducido formas de decomiso civil que han sido objeto de recursos de inconstitucionalidad). Asimismo, la Arabia Saudita parece limitar esas medidas a los casos de fuga y fallecimiento, y Qatar a aquellos en que el delincuente es desconocido o ha fallecido.

41. En general, los Estados que utilizan los modelos de “decomiso civil” y “patrimonio no justificado” tienen disposiciones de mucho mayor alcance que los que utilizan modelos de decomiso (penal) sin condena basados en la imposibilidad de procesar o condenar al delincuente.

*Decomiso sin condena del producto y tipos de delitos*

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

43. 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 han hecho listas de delitos remitiéndose directamente a los artículos de la legislación (por ejemplo, del código penal) en que la conducta está tipificada como delito (por ejemplo, Eslovenia, Italia y México), en tanto que otros (como Australia y el Canadá) se refieren a una categoría general de delitos graves. En algunos países, además de aplicarse a los delitos previstos por ley, el decomiso sin condena puede hacerse extensivo a “otros riesgos”, según lo prescrito por reglamentación ministerial (por ejemplo, en las Bahamas).

44. 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 delitos graves y la relativa a bienes sospechosos de ser producto de actos punibles.

45. 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 significativa” se define o bien en función de la gravedad del delito



(sancionable con una pena máxima de encarcelamiento de cinco años como mínimo) 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*

46. La naturaleza exacta de los bienes que pueden ser objeto de decomiso sin condena depende del régimen adoptado por cada país. Si en el régimen se aplica el criterio del patrimonio no justificado, el decomiso puede ir más allá del producto del delito.

47. En cuanto a los objetos relacionados con el delito, es común distinguir entre los instrumentos y el producto (por ejemplo, en la Directiva 2014/42/UE 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 y/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 se hace una diferenciación entre los instrumentos y el producto del delito (por ejemplo, en Alemania, Bélgica e Italia), y los instrumentos normalmente son objeto de disposiciones más estrictas. En cambio, otros países parecen interpretar el decomiso en torno al producto y los instrumentos del delito por igual, tratándolos como parte de un régimen común de amplio alcance (como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

48. Al parecer, en la mayoría de los países se tienen en cuenta los bienes derivados directamente de un delito y los beneficios obtenidos indirectamente de él, lo que está en consonancia con el criterio enunciado en los artículos 2 e) y 31 de la Convención.

49. 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 y cómo calcular los intereses en el procedimiento de decomiso sin condena.

50. En la información proporcionada en respuesta a la nota verbal 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, o incluso no tener experiencia alguna.

*Medidas de decomiso basadas en el valor*

51. Es posible que el producto del delito no pueda encontrarse. En esos casos, tal vez se puedan decomisar otros bienes cuyo valor se equipare al del producto, en consonancia con el artículo 31, párrafo 1 a), de la Convención. En la mayoría de los países que respondieron a la nota verbal se pueden aplicar medidas basadas en el valor.

52. 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.

53. En algunos casos (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.

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

*Automatismo o discrecionalidad - condiciones especiales*

55. En la información proporcionada en respuesta al cuestionario no siempre quedaba claro si -y en qué condiciones- el decomiso del producto del delito era obligatorio o discrecional.

56. En algunos países (como Australia) puede no decretarse el decomiso si el tribunal concluye que hacerlo no es de interés público.

## V. Relación con el proceso penal

### *Generalidades*

57. Se mencionó que una característica distintiva de los procedimientos de decomiso sin condena es que o bien estuviesen integrados en el proceso penal o bien se establecieran al margen de este. Dada esta diferencia básica, también son posibles otras variaciones (por ejemplo, que estén tanto dentro como fuera del proceso penal). La relación con el proceso penal es, por lo tanto, un aspecto importante de todo régimen de decomiso sin condena.

### *Decomiso sin condena autónomo*

58. 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 de la fiscalía y de que se haya iniciado o no un proceso penal.

59. Los modelos de decomiso penal 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).

60. No obstante, hay países, como Francia, que han adoptado modelos de decomiso penal 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*

61. 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 Australia, las Bahamas, Nueva Zelanda y el Reino Unido). En Australia, sin embargo, los tribunales pueden suspender el procedimiento de decomiso que se tramite paralelamente al proceso penal.

62. 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, por ejemplo, en las Bahamas.

### *Procedimientos mutuamente excluyentes y procedimientos subsidiarios*

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

64. 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 artículos objeto de decomiso podrían sufrir una devaluación).

### *Influencia mutua*

65. Un aspecto problemático es si el resultado del proceso penal puede influir en el procedimiento de decomiso y en qué medida. Esto es especialmente pertinente cuando el acusado ha sido absuelto del delito determinante en el proceso penal.

66. En algunos países la autonomía es tan extrema que el 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 81) entre el decomiso sin condena y el veredicto de culpabilidad puede dar lugar a distintos resultados.

67. En los modelos de decomiso penal sin condena, la absolución del acusado normalmente redundaría en el levantamiento de las medidas cautelares, a menos que la absolución sea consecuencia de la aplicación de normas de prescripción (por ejemplo, en Francia).

## VI. Elementos procesales

### *Competencia y estructura judicial*

68. En casi todos los países el decomiso sin condena es decretado por un órgano jurisdiccional. El perfil del juez y el del tribunal dependen de los diferentes mecanismos de administración de justicia de los países. También dependen de la estructura y la naturaleza del procedimiento.

69. En los modelos de decomiso “penal” sin condena, la competencia para adoptar la decisión suele recaer en el mismo tribunal que sustancia el proceso penal relativo al delito determinante (por ejemplo, en Francia) o, en cualquier caso, en un tribunal competente 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.

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

### *Iniciativa*

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

72. 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).

73. 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 Zelanda; véase el párr. 130). El perfil de la autoridad competente para iniciar el procedimiento también puede revelar la relación entre las medidas de decomiso sin condena y la aplicación más general del derecho penal.

### *Especialización*

74. 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, organismo o tribunal determinados. En segundo lugar, puede suponer que haya una sola oficina, organismo o tribunal que se encargue de los casos de localización y decomiso (sin condena) (es decir, competencia exclusiva). 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).

75. 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 conocimientos especiales (si bien los irán adquiriendo

a través de la experiencia), en particular cuando el organismo o el tribunal también tengan competencia respecto de otras materias.

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

77. En algunos países existe especialización a nivel de las fuerzas policiales competentes. Por ejemplo, en Australia se ha establecido el Equipo de Tareas para el Decomiso de Activos Ilícitos, grupo de trabajo interinstitucional dirigido por la Policía Federal Australiana que está integrado por abogados litigantes expertos, agentes federales e investigadores financieros, así como por contadores forenses especializados en el decomiso de activos. Ese grupo se encarga de la gran mayoría de las investigaciones y litigios relacionados con el producto del delito a nivel federal.

78. En otros casos hay fiscales especializados que se encargan de tramitar los casos de decomiso sin condena (por ejemplo, en Austria, Malta y Singapur).

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

80. Cuando existe especialización, normalmente eso rige para todos los casos de decomiso, no solo los de decomiso sin condena.

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

81. En la gran mayoría de los casos 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 la cosa 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 de decomiso penal sin condena, en que solo es posible decomisar cuando no se ha podido procesar o condenar por el delito (por ejemplo, en Francia y en Qatar). A veces, sin embargo, en los países que aplican un régimen de decomiso civil se exige probar la culpabilidad (como en Singapur).

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

83. Sigue habiendo incertidumbre sobre cómo se aplica exactamente la norma y si el cálculo de probabilidades se define de manera uniforme en los distintos países. Por ejemplo, algunos países aclaran que para basarse en el cálculo de probabilidades sigue siendo necesario que la decisión se adopte con una certeza más allá de toda duda razonable (por ejemplo, las Bahamas), aunque no está claro si eso representa un nivel o estándar de prueba más elevado. En otros países (como el Reino Unido) se discute si la norma del cálculo de probabilidades es flexible y si podría exigirse un nivel ligeramente más alto en los casos de decomiso sin condena que en los casos ordinarios (es decir, un “estándar de prueba civil reforzado”).

84. En otros países el decomiso solo puede decretarse basándose en el criterio probatorio tradicional aplicable a las causas penales (por ejemplo, en Austria y Chequia). En el Canadá también se exige que se determine, más allá de toda duda razonable, que los bienes son producto del delito o están relacionados con él.

85. 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). Esta norma es, en última instancia, muy similar a la de “más allá de toda duda razonable”.

86. Si bien es cierto que 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 de decomiso penal sin condena, esta correspondencia bilateral no es automática ni inevitable. En Alemania, por ejemplo, el criterio de valoración de la prueba es el del convencimiento “más allá de toda duda razonable”, si bien se considera que los procedimientos de decomiso sin que medie condena son de carácter civil y, por lo tanto, se rigen por las normas procesales civiles.

#### *La carga de la prueba*

87. La carga de la prueba suele recaer en las autoridades públicas que inician el procedimiento, es decir, la policía o la fiscalía, según el caso (por ejemplo, en Chequia).

88. Sin embargo, en algunos casos no se excluye que recaiga en el interesado. En Australia, por ejemplo, no se exige a la autoridad competente que pruebe que los bienes constituyen el producto o los instrumentos del delito, y la carga recae en el sospechoso o en el interesado, que han de probar el origen y el uso lícitos de sus bienes. En Malta y en México corresponde a la persona interviniente probar un derecho sobre la cosa, así como su buena fe, y se imponen requisitos aún más estrictos en los casos de blanqueo de dinero.

89. Además, en última instancia, el empleo de presunciones *juris tantum* puede desencadenar el mismo resultado, a saber, exigir al interesado (o al tercero) que pruebe que el bien no estaba relacionado con un delito o que fue adquirido legítimamente.

#### *Presunciones*

90. 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 27). A veces las presunciones solo son aplicables en relación con determinados delitos (por ejemplo, el de organización delictiva en Suiza).

91. 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, que ha pagado todos los impuestos y contribuciones correspondientes, o que lo posee de buena fe).

#### *Clases de pruebas*

92. La principal distinción en ese sentido es, evidentemente, entre recurrir a las normas probatorias típicas de procedimiento civil (por ejemplo, en los países que se rigen por el derecho anglosajón, Eslovenia y México) y aplicar las normas del proceso penal. En ocasiones puede haber mecanismos mixtos vinculados a los dos marcos jurídicos (por ejemplo, en Italia).

93. Si bien el marco jurídico para la obtención de pruebas puede ser de orden civil o penal, no se informó de ninguna limitación significativa en lo que respecta al uso de las pruebas en ninguno de los dos ámbitos. El testimonio indirecto está aceptado en casi todos los países. Una de las excepciones parece ser Malta, donde no está permitido.

#### *Protección de los terceros*

94. Aunque este aspecto no siempre se menciona, normalmente se otorga protección a los terceros de buena fe. Sin embargo, es importante aclarar que el concepto de terceros es aplicable de manera más directa a los regímenes basados en la determinación de un infractor, lo que mayormente ocurre en los modelos de decomiso sin condena de carácter penal.

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

## VII. Medidas provisionales

96. En el artículo 2 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 (temporales).

97. Como se ha mencionado en las notas sobre la terminología (véase el párr. 10), 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 que aplique cada país.

98. Cabe aclarar también que las medidas de embargo 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 los regímenes basados en el decomiso civil o, más generalmente, cuando 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, 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 (por ejemplo, en Italia).

99. La gran mayoría de las respuestas apuntan a la posibilidad de imponer medidas de embargo 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 Bhután, donde, según la explicación que se ha dado, las medidas de decomiso sin condena normalmente se imponen cuando los delitos ya están siendo juzgados.

100. Algunas veces el nivel de prueba exigido para las medidas provisionales es menor 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

101. En las respuestas relacionadas con la prescripción 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. Algunas respuestas se referían especialmente a la prescripción del delito determinante, pero no quedaba claro si la prescripción de la sanción penal (es decir, del enjuiciamiento y/o la condena) del delito determinante era la misma que regía para la medida de decomiso sin condena.

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



103. 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.

104. A veces se hace una distinción en función del tipo de artículos decomisados (por ejemplo, en México, donde existe un plazo de prescripción para los artículos que tienen un destino ilícito, pero no para las mercancías de origen ilícito).

## **IX. Destino que se da al producto decomisado**

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

106. En algunos casos, los activos se transfieren a cuentas o fondos públicos especiales que solo pueden utilizarse con el fin específico de apoyar la lucha contra las actividades delictivas (como en Letonia y en Suiza), o con fines sociales o culturales concretos (como en Austria), o ambos (como en Australia, Francia y México).

107. En algunos países hay oficinas centrales (especializadas) que se encargan de administrar los activos decomisados (por ejemplo, en Australia, Francia, Italia, Mauricio y México), y en otros no hay un centro de administración y la tarea se encomienda a los tribunales o a los fiscales (como en el Canadá) o a terceros delegados (por ejemplo, a los “administradores judiciales”, como en Nueva Zelanda). Esos organismos suelen tener facultades para administrar y enajenar los activos, si bien en las respuestas no se aclara el alcance (ni la eficacia y deficiencias) de las normas nacionales.

108. 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**

109. Algunos países señalaron expresamente que no ejecutaban o no podían ejecutar órdenes de decomiso sin condena dictadas por tribunales de otros países. En algunos casos, esa es la consecuencia natural del hecho de que la legislación nacional no reconoce la posibilidad de adoptar medidas de decomiso sin condena. En Albania, Chile y la República Dominicana no se pueden ejecutar las órdenes extranjeras porque los ordenamientos de esos países no admiten las medidas de decomiso sin condena. En Letonia, la legislación nacional solo permite el decomiso del patrimonio excesivo y no justificado en el caso de los funcionarios públicos. La cooperación con respecto a los procedimientos 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).

110. 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.

111. 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.

112. 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).

113. 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 rehúsen a cooperar, lo que está vinculado, en particular, a la protección de los derechos de las personas afectadas en el Estado de la ejecución. Al margen de este régimen especial de reconocimiento mutuo, la cooperación sigue siendo posible en virtud de las normas clásicas de asistencia judicial recíproca, si bien estas no siempre son apropiadas para los regímenes de decomiso sin condena.

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

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

115. De los aspectos mencionados se deduce lógicamente que si en un país no se admite la cooperación en el caso de las medidas de decomiso sin condena, tampoco se admitirá en el del decomiso basado en el valor.

#### *Condiciones*

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

117. 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.

118. En algunos países (como en Austria), la persona en cuestión tiene derecho a ser oída antes de que se ejecute una medida. En Australia, la ley correspondiente ampara los derechos que tengan sobre el bien (u otros activos decomisables) los terceros de buena fe que reclaman el derecho de propiedad. 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 de propiedad sobre los bienes que son objeto de una orden de decomiso extranjera.

#### *Doble incriminación*

119. La gran mayoría de los países (entre ellos Bhután, el Canadá y Suiza) exigen que exista doble incriminación, aunque a veces eso solo constituye un motivo discrecional de denegación (por ejemplo, en Australia).

120. Cabe observar que no queda totalmente claro con qué profundidad se determina la 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. Sin embargo, como se ha observado anteriormente, en algunos países la posibilidad de decretar un decomiso sin que medie una condena no siempre guarda relación concretamente con el hecho de que se haya establecido que se cometió un delito (por

ejemplo, los regímenes basados en el patrimonio no justificado excesivo). Además, subsiste la duda de si la doble incriminación se establece en relación con la existencia del delito únicamente, o también con la responsabilidad del delincuente, si bien esta última opción parecería menos correcta y no estaría en consonancia con la lógica del decomiso sin condena.

121. 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 fuerza, 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 acto punible en el Canadá).

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

122. El hecho de negarse a cooperar con respecto a las medidas provisionales suele ser consecuencia de una imposibilidad más general de aplicar medidas de decomiso sin condena lisa y llanamente (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**

123. Muchos países respondieron que no habían tropezado con dificultades para aplicar medidas de decomiso sin condena, ni que eso hubiese sido objeto de controversia. No obstante, en muchos casos esto es consecuencia de las escasas aplicaciones prácticas registradas en esos países (por ejemplo, en las Bahamas) o los efectos limitados de una legislación muy reciente (por ejemplo, en Malta).

124. En general, una dificultad persistente sigue siendo la babel de terminología, que podría dar lugar a graves malentendidos (como considerar que todos los casos de embargo preventivo de activos son medidas de decomiso sin condena; véanse los párrs. 10 y 11).

#### *Protección de los derechos fundamentales*

125. Como la gran mayoría de los países que respondieron emplean mecanismos de decomiso sin condena, no se adujeron muchos motivos para no introducir esa clase de medidas. Sin embargo, los motivos más fuertes para no introducirlas parecen estar relacionados con preocupaciones acerca de la protección de los derechos fundamentales.

126. 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 casos, esas cuestiones fueron objeto de litigio ante los tribunales nacionales superiores y en última instancia se resolvieron (por ejemplo, en Alemania y Australia); además, en definitiva los tribunales confirmaron que las medidas de decomiso sin condena no eran inconstitucionales y no vulneraban los derechos fundamentales.

#### *La presunción de inocencia*

127. 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 -recurrentes en algunos países (véase anteriormente)- 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 estándar de prueba más elevado, resulta más difícil probar 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 recae en el fiscal -quien debe probar la actividad delictiva- y de que no se puede dictar una orden de decomiso simplemente porque el sujeto no puede explicar el origen de su patrimonio.

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

128. Otro problema que se suele destacar es el riesgo de no amparar debidamente las garantías de un juicio justo 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*

129. 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 a la cuestión de respetar las protecciones constitucionales relativas a la adquisición de bienes en condiciones justas. En particular, esta preocupación se manifestó en la afirmación de que las medidas de decomiso sin condena pueden ser de carácter indiscriminado. Es lo que sucede, en particular, cuando se interpretan en relación con la posesión de un patrimonio no justificado, o cuando existen presunciones que dan lugar a un resultado similar. En algunos países (como en Nueva Zelandia) existen disposiciones que excluyen la posibilidad de invocar dificultades apremiantes o circunstancias excepcionales. 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*

130. 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). Un país (Nueva Zelandia) 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 ofrecer pruebas, pese a que la orden solo podía ser dictada por un tribunal. Esas preocupaciones parecen haberse disipado a la luz de la aplicación práctica de los mecanismos. La República Dominicana expresó su preocupación por el posible abuso de las medidas de decomiso sin condena a nivel político.

#### *Principio de Non bis in idem (doble enjuiciamiento por el mismo delito)*

131. Algunos Estados (por ejemplo, Australia) también mencionaron el problema de las medidas de decomiso sin condena relativas sustancialmente a las mismas acusaciones presentadas en causas penales ya resueltas (*non bis in idem*). Esta cuestión también se menciona en el Reglamento (UE) 2018/1805. 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 objeto de eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito, así como todos

los incentivos para participar en actividades delictivas. Otros Estados (como Chequia) mencionaron el hecho de que la cooperación no sería posible si el proceso penal por el delito determinante estuviera en curso a nivel interno.

#### *Otras cuestiones*

132. 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.

133. 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).

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

135. Los Estados no han mencionado problemas concretos con respecto a la aplicación de la cláusula de doble incriminación. Habida cuenta de los diferentes criterios que al parecer aplican algunos países al respecto, el hecho de armonizar este requisito entre los Estados muy bien puede contribuir a reducir fricciones en las actividades de cooperación.

136. 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*

137. Las respuestas recibidas no ofrecían una imagen muy completa de lo que funcionaba efectivamente en la práctica. Es evidente que algunos países no tienen mucha experiencia, o no tienen ninguna, en cuanto a la aplicación práctica de medidas de decomiso sin condena (como las Bahamas y Bhután), por lo que es más difícil determinar las mejores prácticas.

138. 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.

139. Indudablemente sería muy conveniente que existiera una legislación nacional amplia que regulara los mecanismos y la aplicación del decomiso sin condena, incluso en lo relativo a la cooperación internacional.

140. Una primera buena práctica podría ser evitar que las medidas de decomiso sin condena tuvieran efectos excesivamente indiscriminados. Un enfoque interesante podría ser la introducción de una cláusula sobre dificultades apremiantes o circunstancias excepcionales como la utilizada en Nueva Zelanda, lo que limitaría esos efectos excesivos.

141. 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 el hecho de estar vinculado a un acto delictivo. Hacer hincapié en el carácter ilícito de los bienes puede ayudar a superar -o al menos 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.

142. La especialización de las autoridades judiciales y fiscales contribuye a aumentar la eficacia de las medidas de decomiso sin condena. Otro elemento esencial en ese sentido es que se faculte efectivamente a las autoridades para la localización de activos ilícitos.

143. 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 alcance de las medidas de decomiso sin condena para hacerlas extensivas a la mayor cantidad posible de delitos. Esto no quiere decir necesariamente que debería ser posible imponer el decomiso sin condena hasta cuando se tratase de delitos más leves o de delitos menores. También parece ser una buena práctica establecer el alcance 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 Zelanda).

144. 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*

145. 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. En ese contexto, deben tenerse en cuenta las disposiciones del artículo 43, párrafo 2, y del artículo 46, párrafo 9, sobre la forma de abordar los posibles obstáculos planteados por la aplicación estricta del principio de la doble incriminación para la cooperación internacional en el marco de la Convención. Al respecto, lo ideal sería que ese principio se interprete 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, como ocurre, por ejemplo, en Australia y Nueva Zelanda.

146. 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. Conclusiones y medidas que podrían adoptarse en el futuro**

147. Si bien el decomiso sin condena puede ser un instrumento eficaz para la recuperación de activos en casos complejos de corrupción transnacional, el análisis anterior demuestra que sigue constituyendo una esfera muy técnica en la que muchos países aún carecen de experiencia práctica; además, la UNODC solo recibió respuestas a su cuestionario de 43 Estados partes.

148. Al respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar cuáles serían las dificultades y buenas prácticas señaladas en el presente documento que convendría examinar más fondo.

149. Los Estados partes también pueden 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.

150. Además, los Estados partes pueden considerar la posibilidad de reforzar la eficacia de la ejecución de las órdenes extranjeras de decomiso sin condena. Una cuestión especialmente pertinente podría ser cómo encontrar un mecanismo de cooperación óptimo aplicable a las medidas de decomiso sin condena que formen parte de “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).



151. A la luz de lo expresado, y en la inteligencia de que la información analizada a efectos del presente documento se utilizará en un análisis posterior para la actualización del estudio de la Iniciativa StAR titulado “A Good Practices Guide for Non-Conviction-Based Asset Forfeiture” (Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de impartir orientación a la UNODC acerca de una futura labor relacionada 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 a los Estados partes.

---