

# ¿DECOMISO COMO DERECHO PENAL O QUÉ? SOBRE CÓMO EL MAL ENFOCADO DEBATE ACERCA DE LA “NATURALEZA” JURÍDICA DEL DECOMISO CONFUNDE LO QUE REALMENTE DEBE DISCUTIRSE

CHRISTOPH BURCHARD\*

## Resumen

El decomiso —especialmente del producto de los delitos— se ha convertido en un instrumento clave en los esfuerzos europeos y alemanes para combatir delitos graves (como los delitos organizados y también delitos económicos). Un aspecto central de las controversias sobre la legitimidad del decomiso es su discutida naturaleza jurídica: ¿Es derecho penal (o qué)? Tomando como caso de estudio la gran reforma de 2017 del sistema de decomiso alemán, este artículo demuestra que las discusiones acerca de las racionalidades pero punitivas o pero no-punitivas (por ejemplo, preventivas) del decomiso son defectuosas por cuanto no dan cuenta de la apertura normativa del decomiso. Estas discusiones —que surgen especialmente a partir del derecho penal constitucional y sus teorías— esconden las preguntas políticas incómodas que son fundamentales para desarrollos modernos. Por ejemplo, si una comunidad puede todavía y de hecho debe permitir derechos fundamentales sin restricciones (como la presunción de inocencia) para prevenir el surgimiento de un régimen autoritario, incluso si ello significa que delitos graves no sean perseguidos ampliamente, y podría por consiguiente afectar el estado democrático. Este artículo no responderá estas preguntas. Pero las traerá al frente para poder tener un debate abierto acerca de la política misma, del diseño y la política detrás de la administración de la justicia “penal” (¿o qué?) en la era del decomiso.

**Palabras clave:** *Decomiso del producto del delito; reforma de 2017 al régimen de decomiso alemán; derecho penal constitucional; apertura normativa del decomiso.*

\* Universidad de Goethe, Frankfurt, Alemania (burchard@jur.uni-frankfurt.de). Artículo recibido el 9 de noviembre de 2018, aceptado para su publicación el 10 de enero de 2019. Traducción de Sebastián Lewis.

\*\* Nota del traductor: La traducción ha procurado un estilo flexible respecto del contenido literal del trabajo original. En efecto, la versión original contiene expresiones cuya traducción literal al español sería ajena al uso formal común de este idioma, y también le restaría fluidez a su lectura. No obstante, en todo momento se ha procurado ser fiel al pensamiento del autor, según lo plasmado en el documento original. De dicho documento se han mantenido las citas en alemán, así como ciertos latinazgos y algunas expresiones en inglés y francés, cuya traducción al español no lograría capturar —del todo— el sentido que la palabra tiene en su idioma original. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión francesa *travaux préparatoire*, y del término inglés *proxies*, ambos de uso frecuente en la literatura comparada.

1 Véase cómo se discutió esta política en Estados Unidos ya en los ochentas; WEINER (1981), p. 225 *et seq.* Para un estudio reciente sobre esta política internacionalmente consolidada, véase MANES (2016), p. 143.

## 1. INTRODUCCIÓN\*\*

“¡El crimen no debe pagar!”. Esta bandera de lucha, internacionalmente reconocida, fomenta la aceptación e intensificación mundial del decomiso, especialmente de las ganancias del delito.<sup>1</sup> También subyace en la mayor reforma al decomiso que haya existido en Alemania (del año 2017),<sup>2</sup> y está presente en algunas propuestas legislativas actuales de la Unión Europea (en adelante, “UE”).<sup>3</sup> Los decomisos más controversiales, tales como el decomiso ampliado y el decomiso sin condena, ponen en jaque muchos de los principios fundamentales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, tales como el principio de culpabilidad (*Schuldprinzip*), la presunción de inocencia, o la carga que recae sobre el Ministerio Público de dar por establecidos ciertos hechos más allá de una duda razonable.<sup>4</sup> Pareciera, no obstante, que los responsables de la política criminal aceptan estos costos (a saber: la vulneración a los mencionados principios fundamentales) toda vez que el decomiso sería una herramienta efectiva para combatir la delincuencia grave, especialmente la organizada.

Mis reflexiones parten de la siguiente premisa: el decomiso es un instrumento funcionalmente adecuado en la lucha contra el crimen grave y los criminales. Esta premisa no se fundamenta en datos empíricos conclusivos,<sup>5</sup> sino que en el hecho de que los legisladores y responsables de la política criminal pueden adoptar decisiones sobre la base de premisas fácticas no conclusivas<sup>6</sup> (salvo en la medida que se trate de decisiones arbitrarias o fácticamente erróneas). Este punto de partida debe matizarse: al igual que el Derecho Penal, el decomiso no es una cura milagrosa contra el crimen grave. Por consiguiente, a pesar de que, para efectos del presente trabajo, sostengo que el decomiso es un instrumento apto para hacer justicia contra crímenes serios, *no* promuevo dicha medida como la única herramienta posible. Tampoco sostengo que el fin justifica los medios. Aún si el decomiso fuera beneficioso, o incluso necesario en la lucha contra el crimen grave, sus tipos específicos y sus características procesales bien pueden ser ilegítimas. La necesidad no conlleva legitimidad,<sup>7</sup> pero lo

2 Véase apartado A. I. del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno de Alemania, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 46. En la doctrina, véase MEYER (2017), p. 351; y KÖHLER (2017), p. 498.

3 Véase § 1. del Memorándum Explicativo de la reciente propuesta sobre reconocimiento mutuo de órdenes de congelamiento y decomiso, COM/2016/0819 final - 2016/0412 (COD), de 21 de Diciembre de 2016; véase, también, Mensaje de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulado “Ganancias del crimen organizado: asegurando que el ‘crimen no pague” (COM/2008/0766 final).

4 Véase SALIGER (2017d), 1024 *et seq.*; SCHILLING Y HÜBNER (2018) p. 54 *et seq.*; BOUCHT (2014), p. 221 *et seq.*; CASSELLA (2015), p. 24 *et seq.*

5 Véase BOUCHT (2017), p. 105, sobre la escasa y poco conclusiva evidencia empírica en la materia.

6 Véase, en la jurisprudencia de tribunales constitucionales, en particular en referencia a las sanciones penales, Tribunal Constitucional Federal Alemán, (*BVerfG*), sentencia de 9.3.1994, *BVerfGE* 90, 145 (1994). Véase, en general en la doctrina constitucional, BICKENBACH (2014). Especialmente respecto de la prerrogativa del legislador en asuntos penales, cf., LAGODNY (1996), p. 173 *et seq.*

7 De hecho, en el conocido test de proporcionalidad empleado por los tribunales constitucionales y cortes supremas, a fin de evaluar la legitimidad de normas jurídicas, la fase relativa al estado de ne-

contrario sí es cierto, tal como una lógica funcional de necesidad no necesariamente implica su ilegitimidad.

Cuando se estudian los debates en Alemania y Europa sobre la legitimidad del decomiso, la controversial naturaleza jurídica de esta medida concentra la atención. Se discute, por ejemplo, si el decomiso trata de una sanción penal, una medida administrativa, o una medida cautelar de carácter civil; (véase *infra* B I). En mi opinión, este debate confunde la verdadera cuestión que debe discutirse: a saber, lo verdaderamente político del tema. Por ejemplo, ¿creemos, como miembros de una polis, que el crimen organizado constituye una amenaza más grave que el autoritarismo? ¿Estaríamos, por tanto, dispuestos a justificar restricciones a ciertas garantías tradicionalmente absolutas, como la presunción de inocencia? (Lo anterior, por ejemplo, porque consideramos al Estado y su sistema de justicia penal no como un peligro para los derechos y libertades individuales, sino que como garantes de la paz y del orden social; véase *infra* C).

A pesar de que resulta tentador responder estas preguntas, no lo haré. No tomaré posturas. Porque “simplemente” promoveré –nada más y nada menos– que tengamos un debate acerca del marco socio-político de la administración de justicia penal en la era del decomiso (véase *infra* B II). Así las cosas, toda vez que dejo de lado la discusión sobre la naturaleza jurídica del decomiso, y concentro mi atención en las cuestiones políticas en torno a esta medida, me perfilo ambivalentemente entre quienes promueven el decomiso como un instrumento punitivo, por un lado, y no-punitivo, por el otro.<sup>8</sup> En efecto, lo anterior sucede porque el decomiso opera ante la indeterminación de muchas de sus justificaciones –cuestión que podríamos denominar como su “apertura normativa”.<sup>9</sup> Al reflexionar sobre la legitimidad del decomiso, es importante tomar en cuenta dicha apertura normativa (véase *infra* B II 1).

Permítanme ser muy franco. Cuando ofrezco una síntesis de mis ideas sobre cómo no se ha de reflexionar acerca de la legitimidad del decomiso, sólo tengo en mente una agenda analítica. Pretendo, en concreto, desencantar el debate sobre la naturaleza jurídica del decomiso, y promover un debate abierto sobre su esfera política. Por tanto, quiero poner en discusión aquello que realmente debe ser discutido. Así las cosas, *no* estoy promoviendo una agenda normativa. No estoy, por ejemplo, ni diciendo ni insinuando que la pendiente resbaladiza del autoritarismo es menos peli-

---

cesidad no es la última. En el último paso (proporcionalidad en sentido estricto o balance), la norma todavía puede ser declarada ilegítima, no obstante reconocerse que es apropiada y necesaria para el legítimo propósito del legislador; cf., *ex multis*, BARAK (2012), p. 317 et seq.

8 Por supuesto, los mismos académicos y tribunales pueden, a veces, ser clasificados como entre quienes apoyan la naturaleza no punitiva del decomiso; y, otras veces, entre quienes apoyan su naturaleza punitiva en relación con distintos tipos de decomiso (directo, de valor, ampliado, sin condena). Sin embargo, como se discutirá más adelante, siempre está en mente el tema de la naturaleza jurídica del decomiso.

9 Por apertura normativa entiendo la posibilidad de abarcar el pluralismo justificativo, “la fluidez” del Derecho (véase NIETZSCHE (2007), pp. 52 et seq.), en vez de eliminarlo mediante el cierre normativo en materias fundamentales. He tratado de explorar este concepto con mayor profundidad en BURCHARD (por aparecer) y en BURCHARD (2017).

grosa que el conjunto de riesgos que conlleva la comisión de delitos graves. Mi intención es simplemente mostrar que necesitamos abordar situaciones verdaderamente inquietantes para poder llegar a un acuerdo normativo acerca de las realidades del Derecho. Nada bueno saldrá de lo contrario.

A fin de ofrecer mis ideas sobre cómo no se ha de reflexionar sobre la legitimidad del decomiso, tomaré como caso de estudio la reforma al decomiso promulgada en Alemania el año 2017. Procederé de esta manera porque dicha reforma contiene todo lo que hoy se debate (y en muchos casos, acaloradamente) acerca del decomiso a nivel nacional, europeo e internacional (véase *infra* A). Luego pretendo sostener que estos debates se concentran en la naturaleza jurídica del decomiso (en general o sus tipos individuales; véase *infra* B). Finalmente, ofreceré mis propias reflexiones acerca de cómo se debiera discutir el tema sobre la legitimidad del decomiso (*infra* C).

## 2. EL NUEVO RÉGIMEN DEL DECOMISO ALEMÁN: UNA BREVE INTRODUCCIÓN

El 13 de abril de 2017, el Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) promulgó una reforma integral (mejor dicho, un reinicio)<sup>10</sup> del decomiso penal en Alemania, la cual entró en vigor el 1 de julio de 2017.<sup>11</sup> El propósito de la nueva regulación fue implementar cierta normativa de la Unión Europea, en particular la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre congelamiento y decomiso de los instrumentos y ganancias de delitos ocurridos en la Unión Europea. La reforma, no obstante, reguló materias que fueron mucho más allá de los requisitos mínimos exigidos por la mencionada directiva para practicar decomisos.<sup>12</sup> En efecto, sólo para dar un breve resumen:<sup>13</sup>

### 2.1 Objetivos y naturaleza jurídica

El nuevo régimen de decomiso alemán constituye un cambio fundamental respecto del régimen anterior. Mientras el antiguo régimen hablaba de *Verfall und Einziehung*, el nuevo toma en consideración el desarrollo internacional en la materia al emplear la palabra *Einziehung* (como traducción de “decomiso”; nótese que el término equivalente utilizado en Estados Unidos, a saber, *forfeiture*, no tiene lugar en Europa). Mientras que en virtud del artículo 73(I) 2da sentencia del Código Penal alemán, la efectividad del régimen anterior se encontraba gravemente obstaculizada por el hecho de que la recuperación de activos para las víctimas tenía prioridad por sobre el decomiso (situación calificada como el “enterrador del decomiso”, *Toten-*

10 KOHLER (2017), p. 497 (“Neustart”).

11 *BGBI.* 2017 I, p. 872.

12 Véase SALIGER (2017d), p. 997; KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 598; KORTE (2018), p. 1; SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 52 *et seq.*; TRÜG (2017), p. 1915; RÖNNAU y BEGEMEIER (2016), p. 263; SCHILLING *et al.* (2017), p. 308.

13 Para un panorama general y explicaciones más acabadas en Alemania, cf. KOHLER (2017), p. 497; KOHLER y BURKHARD (2017), p. 665; TRÜG (2017), p. 1913. También cf. *travaux préparatoire*.

gräber des Verfalls),<sup>14</sup> el nuevo régimen, en cambio, contempla la indemnización para las víctimas en la fase de ejecución de una orden final de decomiso. Por último, el nuevo régimen ha implementado nuevos tipos de decomisos (especialmente los llamados decomisos sin condena para activos de dudosa procedencia), y extendió el alcance del llamado decomiso ampliado, autorizando su procedencia con independencia del tipo de delito que le diera origen (en adelante, “delito subyacente”). Estas medidas tienen como objetivo, o así al menos se espera, fortalecer el papel del decomiso en la administración de justicia penal en Alemania.<sup>15</sup> La reforma, sin embargo, ha suscitado una gran controversia en torno a su legitimidad.<sup>16</sup>

El legislador alemán siguió la bandera de lucha “¡El crimen no debe pagar!” al conceptualizar el decomiso como una medida *sui generis* en la tarea de hacerse cargo de bienes ilegalmente obtenidos.<sup>17</sup> En términos generales, se pretende que el decomiso de ganancias (*Vermögensabschöpfung*) no equivalga a un castigo, ni tampoco produzca efectos similares a una sanción.<sup>18</sup> Más bien, el legislador alemán buscó reasignar derechos de propiedad (*vermögensordnende Rechtsnatur*), equiparando el decomiso de activos al concepto de Derecho Privado de “enriquecimiento sin causa” (*ungerechtfertigte Bereicherung*; sección 812 y siguientes del Código Civil alemán).<sup>19</sup> Como consecuencia, las garantías del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, en particular los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz*) y de presunción de inocencia, se consideraron inaplicables al nuevo régimen.<sup>20</sup> Asimismo, el régimen de prescripción de las medidas de decomiso ampliado y de decomiso sin condena se desligó del plazo de prescripción de sus respectivos delitos subyacentes, prolongándose además a un mínimo de treinta años; (véase la sección 76b del Código Penal alemán). No obstante lo anterior, el *Bundestag* alemán reconoció que el decomiso se encuentra efectivamente vinculado a la administración de justicia penal. Por consiguiente, los tribunales penales asumieron la competencia para administrar órdenes de decomiso de cualquier tipo. En efecto, el legislador alemán le encargó a los actores de la justicia

14 Véase EBERBACH (1987), p. 491; TRÖNDLE *et al.* (1985), nota 7.

15 KÖHLER (2017), p. 497.

16 Véase SALIGER (2017d), p. 995 *et seq.*; KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 593 *et seq.*; SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 49 *et seq.*; TRÜG (2017), p. 1913 *et seq.*; RÖNNAU y BEGEMEIER (2016), p. 260 *et seq.*; SCHILLING *et al.* (2017), p. 308.

17 Véase apartado A. II. 7 d) del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 62.

18 Véase, en relación con las distintas normas de la propuesta, los diferentes pasajes de la parte B del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, pp. 71, 100, 104.

19 Véase apartado A. I. del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 46.

20 Véase apartado A. II. 7 d) del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 62.

penal que administren medidas (supuestamente) similares a las de la administración del Derecho Privado (bajo el amparo del Derecho Penal) a través de una peculiar mezcla de procedimientos civiles y penales.

## 2.2. Regulaciones sustantivas

Es posible determinar el núcleo de toda reforma al decomiso en base a los siguientes elementos: objetivos, destinatarios y tipos de decomiso.

### 2.2.1 Objetivos

En cuanto a los objetivos, el Derecho Penal alemán mantiene la distinción (internacional)<sup>21</sup> entre el decomiso del contrabando, de los instrumentos, y de las ganancias del delito.<sup>22</sup>

Quisiera entrar en detalles únicamente respecto de las ganancias del delito. Ahora se la define como “algo que se obtuvo a través de o para un delito”; sección 73 (1) del Código Penal alemán. El régimen anterior, en cambio, hablaba únicamente “de un delito”. Alguien obtiene algo “a través de” un acto delictual, si es que existe un vínculo causal entre lo obtenido y el delito.<sup>23</sup> Este cambio normativo tuvo como objetivo hacer frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania (*Bundesgerichtshof*), que exigía un vínculo inmediato entre ambas.<sup>24</sup> Mediante la expresión “lo que se obtuvo”, por otro lado, se regulan los sustitutos de primer orden, pero no los de segundo orden, etc.; (sección 73 (3) del Código Penal Alemán). De este modo, si un ladrón roba un reloj de 7.000 Euros, y luego lo cambia por acciones por un valor de 5.000 Euros, las que luego vende por 4.000 Euros para adquirir un automóvil tasado en 3.000 Euros, es posible decomisar el reloj (como el bien originalmente obtenido del delito) más las acciones (como sustituto de primer orden). Pero no sería posible decomisar el automóvil, toda vez que se trataría de un sustituto de tercer orden. En casos donde sea imposible decomisar el producto físico, o donde el tribunal no ordene el decomiso de un sustituto de primer orden, puede procederse al decomiso de una cierta cantidad de dinero; (véase sección 73c del Código Penal alemán). En estos casos, el decomiso de la ganancia original (o sus sustitutos de primer orden) pasa a ser el decomiso de valor equivalente (*Wertersatzentziehung*).<sup>25</sup>

El cálculo exacto de este decomiso de valor equivalente es una tarea compleja. Al respecto, me interesa comentar únicamente dos características importantes:

21 Sobre esta distinción fundamental, véase VOGEL (2015).

22 Véase sección 74b (1) del Código Penal alemán para el decomiso de contrabando; sección 74 para el decomiso de instrumentos; y sección 73(1) para el decomiso de las ganancias del delito.

23 Véase apartado A. II. 5 a) del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 58. Véase también en la doctrina KORTE (2018), p. 3; SCHILLING *et al.* (2017), p. 306; KÖHLER (2017), p. 503.

24 Véase BGH (2002) – 5 StR 138/01; y nuevamente BGH (2010) – 5 StR 224/09.

25 Para un análisis más profundo, véase KÖHLER (2017), p. 499. Para un análisis más detallado sobre la regla equivalente antes de la reforma (sección 73a del Código Penal alemán), véase ESER (2014c); y SALIGER (2017c).

En primer lugar, el nuevo régimen consagra el llamado principio bruto (*Bruttoprinzip*).<sup>26</sup> En virtud de éste, y para efectos de practicar el decomiso en cuestión, no se deben deducir los “costos” de una empresa delictiva, ni tampoco una posible pérdida de valor.<sup>27</sup> Así, en el ejemplo anterior, el ladrón no podría argumentar que gastó 1.000 Euros en adquirir cerraduras u otros elementos para robar el reloj. Del mismo modo, tampoco podría alegar que las acciones por las que cambió dicho reloj perdieron todo su valor. Por consiguiente, se podrían decomisar únicamente 7.000 Euros en activos (esto es, cuánto costó el reloj robado). Por último, el principio bruto exige tomar en consideración los aumentos de valor que haya experimentado el activo en cuestión. Volviendo a nuestro ejemplo, si el precio de las acciones antes mencionadas subiera de 5.000 a 100.000 Euros (al momento de dictarse la sentencia del tribunal), se podría decomisar esta última cifra. Pues, como sugiere la lógica del principio bruto, ¡el crimen no debe pagar!

En segundo lugar, es necesario precisar lo anterior, toda vez que no se debe deducir lo que “se invirtió *para* la comisión o preparación de un delito” (sección 73d(1), frase segunda del Código Penal alemán). En efecto, hay quienes<sup>28</sup> sostienen que el término “para” implica que sólo las inversiones intencionales en *Vorsatztat* (palabra que no traduciré, toda vez que *Vorsatz* e intención no son necesariamente lo mismo) no han de deducirse. De lo anterior se sigue que es posible efectuar deducciones con respecto a *Fahrlässigkeitstaten* (palabra que no traduciré, dado que *Fahrlässigkeit* y negligencia/imprudencia no son necesariamente lo mismo). Por consiguiente, si por ejemplo un productor oficial de armas de guerra violara negligentemente los términos de un embargo, ganando así 600.000 Euros por la venta de bombas de racimo, dicho productor podría alegar que gastó 100.000 Euros en costos de envío, más 200.000 Euros por la producción de las bombas. De este modo, sólo se podría decomisar la ganancia neta de 300.000 Euros.<sup>29</sup>

### 2.2.2 Destinatarios

En cuanto a este segundo elemento, el nuevo régimen permite el decomiso contra autores y cómplices (*Täter und Teilnehmer*),<sup>30</sup> así como contra terceros.<sup>31</sup> Entre los requisitos del decomiso contra terceros se contempla aquel que es internacionalmente reconocido bajo la expresión “excepciones del dueño inocente”.<sup>32</sup>

26 Para un análisis más detallado respecto de este nuevo aspecto del derecho de decomiso, véase RÖNNAU y BEGEMEIER (2017), p. 1 *et seq.*; SALIGER (2017d), p. 1010 *et seq.*; TRÜG (2017), p. 1914 *et seq.* Para un análisis general sobre la evolución del marco regulatorio alemán en la materia –debido a distintas reformas legales y una vasta jurisprudencia–, véase ESER (2014b), nota 17 *et seq.*; SALIGER (2017b), nota 10 *et seq.* Para ideas comparadas tentativas con Noruega, Suecia, Inglaterra y Gales, véase BOUCHT (2017), pp. 41, 46-47, 60.

27 Véase KORTE (2018), p. 3 *et seq.*

28 Véase KÖHLER (2017), p. 507 *et seq.*; SALIGER (2017d), p. 1014; KORTE (2018), p. 4.

29 Sobre éste y muchos otros ejemplos concretos en el cálculo del monto del decomiso, véase KÖHLER (2017), p. 505 *et seq.*

30 Véase secciones 73, 73a, 73c, 74, 74c del Código Penal alemán.

31 Véase secciones 73b, 74a del Código Penal alemán.

32 Sobre la “excepción del dueño inocente”, cf., en el contexto del Derecho estadounidense (en el cual se originó dicha doctrina), LOOMBA (1989), p. 471 *et seq.*; HOUTZ (1997), p. 257 *et seq.* Esta excepción

### 2.2.3 Tipos

Por último, lo más importante dice relación con los tipos de decomiso. En primer lugar, es importante distinguir entre decomiso provisorio y final. Con el objeto de asegurar el cumplimiento de medidas finales, el decomiso provisorio puede tener lugar cuando exista probabilidad de que los requisitos para decretar una orden de decomiso final (de cualquier tipo) puedan verificarse.<sup>33</sup> Las medidas finales, a su vez, pueden incluir el decomiso ordinario, decomiso ampliado, y diferentes subtipos de decomiso sin condena.

Todas estas medidas pueden ser diferenciadas según: (1) su sustento procedimental, (2) la relación entre el objeto decomisado y el procedimiento aplicable; y (3) los estándares probatorios aplicables.

Una orden de decomiso ordinaria final, según la sección 73 (1) del Código Penal alemán: (1) requiere condena; (2) existe, además, una relación directa entre el activo decomisado y el procedimiento aplicable; por último, (3) debe probarse, por sobre una duda razonable, que el activo decomisado constituye una ganancia del delito.

Una orden de decomiso ampliado, según la sección 73a (1) del Código Penal alemán: (1) requiere condena; (2) el activo decomisado, sin embargo, no constituye una ganancia del delito por el cual el sujeto pasivo ha sido condenado; por último, (3) debe probarse, por sobre una duda razonable, que el activo decomisado constituye una ganancia del delito, no obstante que la comisión del delito mismo no ha de ser probada por sobre una duda razonable.<sup>34</sup>

Una orden de decomiso sin condena, según la sección 76a (4) del Código Penal alemán: (1) no requiere condena; (2) el activo decomisado se encuentra relacionado con delitos respecto de los cuales existe únicamente una sospecha de comisión; y (3) aún se discute el estándar probatorio que se exige para proceder a un decomiso de este tipo (véase *infra* nota al pie 48).

Tres breves observaciones al respecto:

En primer lugar, al regular aspectos que van mucho más allá de lo exigido por la normativa pertinente de la UE,<sup>35</sup> la sección 73a del Código Penal alemán permite el decomiso ampliado de la ganancia del delito respecto de cualquier tipo

---

es también conocida como “tercero de buena fe”, en por ejemplo el artículo 31 párrafo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Sobre la implementación alemana de las excepciones del dueño inocente, cf., sección 73b del Código Penal alemán; al respecto, véase KÖHLER y BURKHARD (2017), p. 665 *et seq.*

33 El Derecho alemán contempla medidas provisionales (“órdenes de congelamiento”) en la sección 111b *et seq.* y sección 111e *et seq.* del Código Procesal Penal alemán; así como también órdenes finales en la sección 73 *et seq.* del Código Penal alemán.

34 Para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania sobre la regla similar del Código Penal alemán antes de la reforma (§ 73d I 1), véase BGH (1994) – 4 *StR* 516/94. En la literatura, véase SALIGER (2017c), nota 8.

35 Véase más arriba nota 16.



de delito subyacente. En otras palabras, se rompe con el modelo tradicional de Alemania de permitir el decomiso ampliado únicamente para una lista enumerada de delitos.<sup>36</sup> Como consecuencia, incluso en casos donde es posible condenar por un delito subyacente menor (por ejemplo, robar en una tienda), los tribunales alemanes tienen autorización para dictar órdenes de decomiso ampliado en contra de otros delitos, aun cuando no existan pruebas suficientes como para condenar por estos últimos. Lo anterior sugiere que el decomiso ampliado (y, de hecho, también el decomiso contra terceros) comparte muchas de las características del decomiso sin condena.<sup>37</sup> Al final de cuentas, cada una de estas medidas permite el decomiso de activos sin que exista una condena en contra de quien se hubiese apropiado ilegalmente de dichos bienes.

En segundo lugar, muchos críticos<sup>38</sup> consideran que la sección 76a (4) del Código Penal alemán (esto es, decomisos sin condena procedentes por la mera sospecha de comisión de un delito enumerado) atenta contra los principios fundamentales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal alemán, violando ideales de la ilustración y del *liberaler Rechtsstaat*.<sup>39</sup> En contraste con lo anterior, el legislador alemán<sup>40</sup> diseñó los decomisos sin condena de la sección 76a del Código Penal alemán como “procedimientos independientes” (*selbständig*); esto es, procedimientos objetivo reales<sup>41</sup> (en adelante, procedimientos *in rem*) que persiguen bienes con independencia del procedimiento que se pudiese seguir en contra una determinada persona (en adelante, procedimientos *in personam*).

En tercer lugar, la lista de delitos por los cuales se permite un decomiso sin condena por mera sospecha (véase sección 76a (4) del Código Penal alemán) no sólo hace referencia al terrorismo clásico y a los delitos de crimen organizado; también se incluyen casos graves de evasión fiscal organizada y de lavado ordinario de dinero. En otras palabras, la sección 76a (4) del Código Penal alemán va más allá del contexto del terrorismo y del crimen organizado, y entra en el ámbito de delitos graves de cuello blanco.<sup>42</sup>

---

36 Para los muchos críticos de esta decisión del legislador alemán, véase SALIGER (2017), p. 1015 *et seq.*, quien considera que la nueva norma es inconstitucional; KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 598, para quienes la constitucionalidad de la norma es dudosa. Para otros críticos, cf., también, TRÜG (2017), p. 1915; RÖNNAU y BEGEMEIER (2016), p. 260 *et seq.*

37 Véase SCHILLING y HÜBNER (2018) p. 50.

38 Véase SALIGER (2017), p. 1024 *et seq.*; SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 54 *et seq.*; GEBAUER (2016), p. 104.

39 SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 54 *et seq.*

40 Véase apartado A. II. 7 d) del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 62.

41 MEYER (2017), p. 344 *et seq.*; KÖHLER y BURKHARD (2017), p. 672.

42 KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 598; SCHILLING y HÜBNER (2018), 51; TRÜG (2017), p. 1916.

### 2.3 Regulaciones procesales

El régimen jurídico sustantivo se complementa con regulaciones procesales, las que dicen relación con aspectos relacionados a la investigación (asuntos “preparatorios”),<sup>43</sup> toma de decisiones (especialmente en el juicio), y fase de ejecución de una orden de decomiso.<sup>44</sup> Lo que importa es resaltar que, a mayor grado de decomisos practicados fuera de procesos penales ordinarios (por ejemplo, procedimientos *in rem* o decomisos contra terceros), más necesario se hace brindar autonomía al procedimiento mismo de decomiso.

El nuevo régimen de decomiso alemán toma en cuenta lo anterior toda vez que ordena que los decomisos ordinarios o ampliados (con condena) practicados en contra de autores o cómplices formen parte del proceso sancionatorio normal. Lo anterior también significa que estos tipos de decomisos pueden ser ordenados por medio de un *Strafbefehl*, esto es, una orden de sanción por escrito (cf., sección 432 del Código de Procedimiento Penal alemán). Por otro lado, aunque los procedimientos *in rem* de la sección 76a del Código Penal alemán pasaron a ser de competencia de los tribunales penales, dichos procedimientos se encuentran regulados por un cuerpo normativo separado,<sup>45</sup> cuyas disposiciones son algo dispersas, confusas e incompletas.<sup>46</sup>

Por ejemplo, lamentablemente el nuevo régimen de decomiso alemán no ofrece ninguna guía respecto de si las autoridades estatales (es decir, la policía, los fiscales, etc.) pueden iniciar procedimientos ordinarios de decomiso sin condena en virtud de la sección 76a (1) y (2) del Código Penal alemán, en situaciones donde se haya cumplido el plazo de prescripción del delito subyacente. Piénsese en el siguiente escenario: en nuestro ejemplo anterior, el reloj fue robado hace 15 años, y hoy se encuentra bajo la posesión de un conocido ladrón. En este caso, no se podría decomisar el reloj en virtud de la sección 76a (4) del Código Penal alemán, toda vez que no existen indicios de haberse cometido uno de los delitos enumerados cuya comisión autoriza esta medida. Se podría, sin embargo, decomisar el reloj en virtud de la sección 76a (1) y (2) del Código Penal alemán, siempre y cuando se pudiera convencer a un tribunal, por sobre una duda razonable, de que el ladrón fue quien efectivamente robó este reloj. La pregunta, entonces, es si acaso se pueden iniciar investigaciones (por ejemplo, mediante interrogatorios) tendientes a averiguar cómo fue que el ladrón llegó a tener la posesión del reloj. A primera vista,<sup>47</sup> pareciera que no es posible, toda vez que no hay una regla como la de la sección 414 (1) del Código Procesal Penal alemán que autorice para iniciar investigaciones de forma independiente, esto es, en virtud de un procedimiento de decomiso sin condena. Sin embargo, si lo anterior fuera cierto, el procedimiento normal de decomiso sin condena se frustraría, y contravendría aquello que supuestamente lo hace diferente del procedimiento penal *in personam*.

43 Véase sección 421(3) del Código Procesal Penal alemán.

44 Véase, para el caso alemán, sección 421 *et seq.* del Código Procesal Penal alemán.

45 Véase sección 436 del Código Procesal Penal alemán.

46 Véase, en particular sobre la relación entre el sistema de justicia penal y el procedimiento de insolvencia, KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 599.

47 KOHLER y BURKHARD (2017), p. 672 *et seq.*

Otra peculiaridad, ahora del procedimiento “extraordinario” del decomiso sin condena (sección 76a (4) del Código Penal alemán), es la sección 437 del Código Procesal Penal alemán. Esta permite a un tribunal dictar una orden de decomiso cuando exista convencimiento, por parte del tribunal, de que el activo en cuestión constituye una ganancia del delito. (Tema aparte: ¿con qué criterio? ¿Más allá de una duda razonable o simplemente a través de un balance de probabilidades?).<sup>48</sup> El tribunal puede fundamentar su decisión, entre otras cosas, en la grave desproporción existente entre el valor monetario del activo y los ingresos habituales de la persona en cuestión. También puede fundamentar su decisión en las circunstancias en las que se encontró y cautelo dicho activo, así como en los asuntos personales y económicos del destinatario de la orden de decomiso. Evidentemente, la sección 437 del Código Procesal Penal alemán está inspirada en criminalística de sentido común; la pregunta que surge, no obstante, es si acaso estas medidas conducen o no a un Derecho Penal de tipo “*Täter und Kontextstrafrecht*” (esto es, un Derecho Penal de autoría y sensible al contexto).

Unas últimas palabras respecto de la fase de ejecución de una orden de decomiso final. Se trata, efectivamente, de una etapa crucial,<sup>49</sup> especialmente en el nuevo régimen de decomiso alemán. En primer lugar, salvo contadas excepciones, sólo en la fase de ejecución las víctimas pueden entrar a participar en el proceso, pudiendo obtener compensación por los daños sufridos.<sup>50</sup> En segundo lugar, a diferencia del régimen anterior,<sup>51</sup> la eventual insolvencia del sujeto pasivo de una orden de decomiso sólo puede ser un problema en la fase de ejecución.<sup>52</sup> Lo anterior implica que los problemas de insolvencia no debieran afectar decisiones judiciales dictadas en etapas procesales anteriores. Finalmente, la ejecución de una orden de decomiso final permite decretar nuevas investigaciones sobre los activos del destinatario de dicha orden. En efecto, cumplidos –obviamente– ciertos requisitos para cada caso específico, el nuevo régimen alemán permite a los actores de la justicia penal allanar las instalaciones del destinatario (para asegurar bienes), o mandar a llamar a dicha persona a través de una orden de arresto,<sup>53</sup> entre otras medidas.

## 2.4. Complemento: cooperación internacional

Un régimen moderno de decomiso no solo requiere de regulaciones sustantivas y procesales, sino que además de aquellas que dicen relación con la cooperación internacional. Lo anterior, a fin de obtener evidencia existente en el extranjero, asegurar procedimientos de decomiso nacional mediante la congelación provisional de activos habidos en otra jurisdicción, y ejecutar órdenes de decomiso con efectos

48 Sobre este debate aún no zanjado, cf., v.gr., MEYER (2017), p. 348 *et seq.*; cf. también, SALIGER (2017), p. 1027 *et seq.*

49 TRÜG (2017), p. 1918.

50 Sección 459h *et seq.* del Código Procesal Penal alemán.

51 Véase, sobre los defectos del régimen anterior, MEYER (2015), p. 247 *et seq.*; KORTE (2018), p. 1 *et seq.*

52 Véase sección 111i del Código Procesal Penal alemán.

53 Véase sección 459g (3) del Código Procesal Penal alemán. Véase KÖHLER y BURKHARD (2017), p. 670.

extra-territoriales. Es evidente que, al menos en Europa, la cooperación internacional se vuelve cada vez más importante, en la medida que la globalización y la “europeización” fomentan el libre flujo de criminales y de activos criminales a lo largo de sus fronteras.

Estos temas, sin embargo, no fueron abordados por la reforma del decomiso alemán, principalmente debido a que la cooperación internacional en asuntos penales es parte de la competencia de la UE (tanto respecto de Estados Partes como no Partes). Por lo tanto, estamos a la espera de un reglamento sobre el reconocimiento mutuo de órdenes de congelación y de decomiso, respecto del cual la Comisión de la UE presentó una propuesta (el 21 de diciembre de 2016),<sup>54</sup> la que debería adoptarse pronto, habida consideración de que tanto el Consejo Europeo como el Parlamento Europeo aceptaron recientemente la versión final su texto.<sup>55</sup>

Para efectos de cooperación internacional en materia de decomisos penales, Alemania continuará haciendo uso de instrumentos de la UE más antiguos mientras no entre en vigor el referido reglamento.

## 2.5. Derecho Penal Constitucional

Para complicar aún más las cosas, pero también para hacerlas más interesantes, me temo que la reforma al decomiso alemán no puede analizarse o evaluarse de forma aislada. Si bien los datos empíricos (o la ausencia de los mismos), las experiencias comparadas, y, por supuesto, las obligaciones asumidas en virtud del Derecho Internacional, desempeñan un papel importante, probablemente lo más destacable es el giro que han experimentado las discusiones en Alemania y Europa<sup>56</sup> hacia el Derecho Penal Constitucional (“*Strafverfassungsrecht*”).

De hecho, el debate sobre la legitimidad de la reforma del decomiso alemán, especialmente en lo relativo a los decomisos sin condena (y sus homólogos procesales) se ha transformado básicamente en una defensa o crítica de su constitucionalidad. La famosa doctrina alemana (tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal) sólo entra a jugar un papel importante luego de que las doctrinas individuales han “adquirido” un supuesto estatus constitucional. En mi opinión, lo anterior no debiera sorprendernos, toda vez que experimentamos una constitucionalización integral de todas las áreas de la justicia penal en Alemania.<sup>57</sup> El Derecho Constitucional es el derecho fundamental de Alemania, y como tal prevalece por sobre los principios penales ordinarios, sus fundamentos, y por sobre la doctrina desarrollada por los teóricos del Derecho Penal.

54 COM(2016) 819 final.

55 Véase 2016/0412 (COD) de 18 de Junio de 2018.

56 Véase, v.gr., SALIGER (2017), p. 1015 *et seq.*; KÖLLNER y MÜCK (2017), p. 598; SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 49 *et seq.*

57 Véase BURCHARD (2016), p. 27 *et seq.*; JAHN (2016), p. 63 *et seq.*; KASPAR (2014); APPEL (1998); STÄCHELIN (1998); LAGODNY (1996); TIEDEMANN (1991) y el libro editado BRUNHÖBER *et. al.* (eds.) (2013).

Nótese que en Europa ya no es posible continuar teorizando sobre el Derecho Penal Constitucional en términos puramente domésticos o de derecho nacional. En efecto, la Carta Europea de los Derechos Humanos (en adelante, la “CEDH”), así como el derecho de la UE (especialmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en adelante, la “CDF-UE”) establecen normas superiores que el régimen de decomiso alemán debe cumplir. Por lo tanto, el debate en Alemania se concentra en si el nuevo régimen de decomiso alemán cumple o no con la Constitución alemana (“*Grundgesetz*”), la CEDH y el derecho de la UE.<sup>58</sup> También, por supuesto, si acaso dicho régimen cumple con la jurisprudencia de los tribunales superiores respectivos, del Tribunal Constitucional Federal alemán (“*Bundesverfassungsgericht*”), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el “TEDH”) y del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, el “TJUE”). Dado que una revisión de esta jurisprudencia ameritaría un trabajo íntegro sobre la materia, me limitaré por ahora a señalar que el debate constitucional gira en torno a reflexiones alemanas y europeas sobre el decomiso en contextos criminales.

### 3. ¿DERECHO PENAL O QUÉ? SOBRE LA SUPUESTA NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO Y SUS DESVENTAJAS

La reforma al decomiso alemán ha recibido respuestas mixtas tanto del mundo académico como de otros lados. Por el tenor de estas respuestas, y quizás exagerando un poco, se podría decir que estamos en medio de una “*Kulturkampf*”. Esto es, una lucha entre diferentes formas de pensar el Derecho Penal.

Por un lado, hay quienes defienden su carácter extraordinario, así como la inviolabilidad de sus garantías tradicionales. Quienes así piensan, dicen que el decomiso ampliado implica, por ejemplo, “volver al decomiso como práctica del Estado autoritario, que subordina el núcleo liberal del Derecho Penal a los intereses preventivos”.<sup>59</sup> De igual modo, estos autores alegan que el decomiso sin condena (de la sección 76a (4) del Código Penal alemán) constituye un “*corpus alienum*” respecto del proceso penal alemán.<sup>60</sup>

Por el otro lado, están los funcionalistas, aquellos que pretenden (así lo dicen) afilar un cuchillo desafilado en la lucha contra el crimen en general, y contra el crimen organizado y económico en particular. En palabras de Frank Meyer:

58 Esto también es cierto respecto de la literatura internacional en la materia. Véase, v.gr., NELSON (2016), p. 2487 *et seq.*; SIMONATO (2017), p. 369 *et seq.*; PANZAVOLTA (2017), p. 33 *et seq.*; BOUCHT (2014), p. 221 *et seq.*

59 SALIGER (2017b), nota 1 (“*Rückfall in die obrigkeitstaatliche Vermögenskonfiskation [...], der freiheitliche Kernbereiche des rechtsstaatlichen Strafrechts einer Orientierung an generalpräventiven Interessenlagen unterordnet*”). Este pasaje dice relación con la antigua regla (sustantivamente limitada) sobre decomiso ampliado, y por tanto tiene aún mayor validez respecto de la nueva regla (sustantivamente ilimitada) sobre decomiso ampliado.

60 SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 49.

Es esencial que pongamos énfasis en la dimensión económica-criminal y en el sentido simbólico del decomiso; no sólo en nuestra conciencia en general, sino que también en la de los académicos y actores judiciales. Es en la academia donde, particularmente, descansamos cómodamente en las bondades del Estado de Derecho; nos felicitamos mutuamente por nuestras referencias a Beccaria, y advertimos en contra del retorno a un Estado autoritario. Al proceder así, sin embargo, no contribuimos en la superación de las realidades del crimen moderno.<sup>61</sup>

Se trata, al final de cuentas, de un debate de supremacía interpretativa: esto es, sobre lo que el decomiso “es”, por sobre su “naturaleza jurídica” (“*Rechtsnatur*”). Es decir: ¿es el decomiso parte del Derecho Penal, del Derecho Privado, del Derecho Administrativo, o de qué? De hecho, ambas partes del debate están contestes en que, para resolver los enigmas del decomiso, es necesario entender dicha medida bajo una etiqueta común; sea general o al menos respecto de sus tipos específicos.

Discrepo. Mejor dicho, afirmo que se ha hablado sobre todo respecto de la supuesta naturaleza jurídica del decomiso (aunque no por todos). Las reflexiones en torno a este problema conducen necesariamente a un callejón sin salida, del cual no podemos salir clasificando al decomiso como una medida penal, privada o administrativa. Por lo tanto, la próxima sección analizará (*infra* I) y criticará (*infra* II) el predominante juego de palabras que implica aquello que podemos denominar el “enfoque del etiquetado”.

### 3.1. Análisis

Si nos fijamos en el debate alemán y europeo en torno al decomiso, la discusión relativa a su naturaleza jurídica goza de la máxima prioridad en casi todos los foros, sea razonamiento legislativo,<sup>62</sup> decisiones judiciales importantes,<sup>63</sup> o textos académicos.<sup>64</sup> A primera vista, los actores del debate parecen realmente estar bus-

61 MEYER (2017), p. 354; mi traducción de: “*Es ist unerlässlich, kriminalökonomische Dimension und symbolische Bedeutung der Vermögensentziehung zu unterstreichen und nicht nur ins allgemeine Bewusstsein, sondern auch in dasjenige der Wissenschaft und Justizakteure zu bringen. Wir ruhen uns vor allem in der Wissenschaft wohligh in unserer rechtsstaatlichen Behaglichkeit aus, klopfen uns für Beccaria-Allusionen anerkennend auf die Schulter, warnen vor der Rückkehr des Obrigkeitsstaates und verzichten bei alledem schlichtweg auf konstruktive Beiträge zur Bewältigung der modernen Verbrechenwirklichkeit.*”

62 Véase apartado A. II. 7 d) del informe adjunto al proyecto de reforma del Gobierno alemán, BR-Drucksache 418/16, 12 de Agosto de 2016, disponible en: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0418-16.pdf>, p. 62.

63 Véase, v.gr., entre las decisiones de tribunales constitucionales nacionales, del Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfG (2004) 2 BvR 564/95; del Tribunal Administrativo Federal suizo SchwBVerwG (2013) C-2528/2011; el Tribunal Constitucional de Italia 26.03.2015, n. 49. Véase, también, por supuesto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citado *infra* notas 66 y 67.

64 Véase SALIGER (2017), p. 1000, para quien, “la cuestión central de cualquier recuperación de activos por el Estado es aclarar bajo el amparo de qué área del Derecho se adopta tal medida”. Véase también MEYER (2017), p. 350 *et seq.*; KING (2012), p. 337 *et seq.*; NELSON (2016), p. 2487 *et seq.*; SIMONATO (2017), p. 369 *et seq.*; PANZAVOLTA (2017), p. 33 *et seq.*

cando una “naturaleza” jurídica de las cosas: en particular, de las características y cualidades inherentes y esenciales a todo decomiso. Posteriormente, esta búsqueda se ve facilitada por el papel que desempeñan las etiquetas en el razonamiento penal-constitucional. El fondo del asunto, sin embargo, el mismo acto de establecer etiquetas replica funciones (no) limitativas, ya que limita o hace ilimitada la autoridad del Estado, toda vez que restringe sus poderes o los expande al facultarlo para intervenir en los derechos de sus ciudadanos. Sólo para dar algunos detalles de estos tres pasos analíticos.

### 3.1.1. La búsqueda de la naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del decomiso ocupa un lugar destacado en ambos lados del debate. Recuérdese, por ejemplo, cómo el *Bundestag* alemán justificó su reforma al decomiso del año 2017, clasificándolo como una medida para reasignar derechos de propiedad bajo un patrón de Derecho Privado.<sup>65</sup> Ello explica que, el año 2004, el Tribunal Constitucional Federal alemán haya declarado la constitucionalidad del antiguo régimen de decomiso ampliado, con la siguiente prevención: “El decomiso extendido no persigue fines represivos-retributivos, sino que preventivos-asignativos, por lo que no es una medida similar al castigo”.<sup>66</sup> Esto es asombrosamente similar a la forma como el TEDH justificó la compatibilidad de los decomisos sin condena con la CEDH. Como se reiteró el año 2015, es “una jurisprudencia bien establecida que el decomiso de bienes ordenados como resultado de procedimientos civiles *in rem*, que no conllevan la determinación de un cargo penal, no es punitivo sino preventivo y/o compensatorio en cuanto a su naturaleza”.<sup>67</sup> Es, por tanto, irrelevante para el TEDH si estos procedimientos *in rem* se llevan a cabo en un marco civil, administrativo o penal. Lo que importa es que este tipo de decomisos no sea –o al menos eso nos dice Estrasburgo– de naturaleza punitiva.<sup>68</sup> En la doctrina alemana, Frank Meyer es un partidario clásico de este punto de vista. Meyer afirma, por ejemplo, que “la naturaleza jurídica de una medida de decomiso es esencial para la legitimidad de cualquier procedimiento *in rem*”.<sup>69</sup> Como consecuencia, “los estándares probatorios del proceso civil serían correlativos con el concepto fundamental y la naturaleza jurídica del decomiso sin condena, a pesar de que podría ser más apropiado tratarlos como procedimientos administrativos, toda vez que el Estado

65 Véase más arriba nota 17.

66 BVerfGE 110 (2004) 1 (“*Der erweiterte Verfall [...] verfolgt nicht repressiv-vergeltende, sondern präventiv-ordnende Ziele und ist daher keine [...] strafähnliche Maßnahme*”).

67 *Gogitidze and Others v. Georgia* (2015), párrafo 126. La sentencia fue confirmada posteriormente en un caso similar, *Devadze y Otros v. Georgia* (2016).

68 Véase, junto con casos recientes de Georgia, la jurisprudencia anterior del TEDH, cf. casos a partir de *Reino Unido - Butler* (2002); *Webb* (2004); *Walsh* (2006) – y los varios casos a partir de *Italia - M* (1991), *Teresi* (1992), *Raimondo* (1994), *Ruga* (1995), *Autorino* (1998), *Prisco* (1999), *Arcuri* (2001), *Riela y Otros* (2001), *Bocellari y Rizza* (2007), *Bongiorno y Otros* (2010), *Pozzi* (2011) -. Sobre la jurisprudencia del TEDH en esta materia, véase BOUCHT (2014), p. 221 *et seq.*; SIMONATO (2017), p. 373 *et seq.*; ESSER (2015), p. 91 *et seq.*

69 MEYER (2015), p. 261 (“*Die Frage, welche Rechtsnatur einer Abschöpfungsmaßnahme zukommt, ist elementar für die Zulässigkeit jedweden in rem-Verfahrens*”).

hace frente al ciudadano afectado no en un plano horizontal, sino que en virtud de su capacidad soberana”.<sup>70</sup>

Estas clasificaciones se fundamentan en prejuicios. Por ejemplo, una idea no-punitiva o no-retributiva del decomiso, al igual que una idea punitiva o retributiva del mismo, presupone una correspondiente teoría o idea del castigo penal.

Estudiemos el caso de quienes tienen una idea diferente del castigo penal, y que por tanto clasificarían el decomiso (al menos en cuanto a las ganancias del delito) como un castigo, o al menos como una medida similar al castigo (“*strafähnlich*”). Tal como Saliger lo ha dicho abiertamente:

Uno debería estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional alemán en que no toda imposición fáctica de un mal transforma una sanción en una medida similar al castigo. Sin embargo, al evaluar si una sanción representa o no un castigo, no se puede desconocer, bajo el pretexto de que dicha sanción no pretende infringir el estatus jurídico del individuo, el efecto que esta medida produce en la persona sancionada, toda vez que la intención principal de dicha medida es restablecer derechos de propiedad en el interés de la prevención general positiva. Esta consideración se asemeja a una bofetada en la cara en respuesta a la violación de la norma, fundada en la idea de que no hay que tomársela a la personal, ya que simplemente establece que “uno no debe hacer eso”. El dolor de ser golpeado en la cara, por supuesto, sigue siendo el mismo, y la persona sancionada se preguntará –con razón– si acaso merecía o no dicha medida. Dado que una orden de decomiso ordinaria según el principio bruto, y más aún una orden de decomiso ampliado, pueden destruir la existencia económica de la persona sancionada, la justicia intersubjetiva (que no debe ser preferida por un orden superior de justicia que sirva a un objetivo superior) exige una investigación en torno a la responsabilidad y a la luz del principio de culpabilidad.<sup>71</sup>

70 MEYER (2017), p. 349 (“*Obgleich ein zivilverfahrensrechtlicher Standard Legitimationskonzept und Rechtsnatur der non-conviction-based confiscation entspräche, wäre es sachgerechter, das Einziehungsverfahren wie ein Verwaltungsverfahren zu behandeln, da es sich nicht um ein echtes Privatrechtsverhältnis handelt, sondern der Staat dem einziehungsbetroffenen Bürger hoheitlich gegenübertritt*”).

71 SALIGER (2017a), nota 5. Es mi traducción de: “*Dem BVerfG ist darin zuzustimmen, dass nicht bereits jede faktische Übelszufügung einer Maßnahme strafähnlichen Charakter verleiht. Indes kann die Wirkung einer Maßnahme für den Betroffenen bei der Beurteilung, ob sie sich als Strafe darstellt, nicht dadurch überspielt werden, dass er dahingehend beschieden wird, sie solle ihm eigentlich gar nicht individuell in seiner Rechtssphäre treffen, sondern vorrangig die gewünschte Vermögensordnung im Interesse der positiven Generalprävention wieder herstellen. Dies gleicht einer Ohrfeige, die als Reaktion auf einen Normverstoß mit der Begründung erteilt wird, dass sie nicht ‚persönlich‘ genommen werden solle, sondern nur der Verdeutlichung gelte, ‚dass es so nicht geht‘. Der Schmerz bleibt aber für den Betroffenen und er wird zu Recht die Frage aufwerfen dürfen, ob er die Ohrfeige auch gerechterweise verdient hat. Da die Anordnung des Verfalls nach dem Bruttoprinzip (das beim Verfall gegen den Drittbegünstigten auch ein Unternehmen sein kann, das ruinos betroffen wird), und erst recht der Erweiterte Verfall existenzvernichtende Folgen für den Betroffenen haben kann, ist es ein Gebot der intersubjektiven Gerechtigkeit (das nicht unter Verweis auf eine höhere ordnende Gerechtigkeit im Dienste des Ganzen überspielt werden kann), hier mit dem Schuldgrundsatz nach Verantwortung und Verdienst zu fragen*”.



Estas palabras reflejan el siguiente patrón: la “pregunta fundamental”<sup>72</sup> es si acaso el decomiso se traduce en una sanción penal o no. Sin embargo, el acto mismo de etiquetar la naturaleza jurídica del decomiso se basa ya en prejuicios en materias fundamentales (por ejemplo, sobre el delito y el castigo; la seguridad y prevención; el Derecho Privado y la privación de bienes ilícitos, etc).<sup>73</sup>

### 3.1.2. Etiquetas clasificatorias en el Derecho Constitucional Penal

Dejando de lado una posible recaída al naturalismo o al formalismo, una de las razones por las cuales la búsqueda de la naturaleza jurídica del decomiso ocupa un lugar tan importante en el debate actual, es debido a la estructura del Derecho Constitucional Penal. El Derecho Constitucional Penal es decisivo hoy en dicho debate (véase también *supra* A V). En la práctica, esta área del Derecho opera en base a etiquetas, las que a su vez gatillan ciertos *tests* constitucionales, a la vez que anulan otros tantos. Por ejemplo, según el artículo 6 (2) de la CEDH, la presunción de inocencia sólo vale si alguien está “acusado de un delito penal”. Del mismo modo, según la Constitución alemana (cf., arts. 1 (1), 2 (1) y 20 (3)) el principio de culpabilidad “sólo” requiere que exista una “relación justa” entre, por un lado, la intervención del Estado a las libertades fundamentales de los ciudadanos, y por el otro, la severidad del acto criminal y la culpa del responsable; *siempre*, no obstante, que esa medida represente un castigo o una sanción similar.<sup>74</sup>

En este sentido, las etiquetas del Derecho Constitucional Penal constituyen nuevamente una expresión de prejuicios en materias fundamentales cuando se ponen por escrito en derecho positivo o son reconocidas por la jurisprudencia. Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania negó al decomiso su dimensión punitiva, ello se debió a que dicho tribunal tenía un concepto limitado –y algo arcaico– sobre el castigo; esto es, uno basado en su finalidad, pero sin atender a sus efectos; y lo entendió como retribución y reproche moral.<sup>75</sup>

Si una medida de decomiso *no* lleva aparejada la etiqueta de “sanción penal”, el Derecho le brinda únicamente la protección ordinaria que reciben los derechos de propiedad (como la del artículo 14 de la Constitución alemana). Por ejemplo: “nadie

72 SIMONATO (2017), p. 369.

73 Este patrón también es cierto respecto de proyectos clasificatorios que se concentran en *proxies* a fin de proponer la etiqueta correcta, por ejemplo, en procedimiento. Por consiguiente, no aportan nada sustantivamente nuevo al debate. Véase, v.gr., VOGEL (2016), p. 224. Según Vogel, el decomiso de contrabando es un “candidato natural para decomiso policial o administrativo”, dado que es “una tarea clásica de la policía y de la Administración (v.gr., aduanas) hacer frente a amenazas a la seguridad y salubridad públicas” (*Ibid.*, p. 235). Respecto del decomiso de ganancias, la idea del enriquecimiento sin causa es atractiva sólo en la medida en que se limite a las utilidades del delito”, mientras opera como una “sanción penal” bajo el “principio bruto”. (*Ibid.*, p. 238). Y respecto de los instrumentos, es claro que para Vogel el decomiso de los mismos constituye un “castigo extra para los malhechores”. (*Ibid.*, p. 242).

74 BVerfGE 110 (2004), 1 (13) (“Der Grundsatz ‘Keine Strafe ohne Schuld’ [...] gebietet, dass Strafen oder strafähnliche Sanktionen in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen”).

75 BVerfGE 110 (2004), 1 (13) (“Mit der Strafe wird ein rechtswidriges sozial-ethisches Fehlverhalten vergolten”).

podrá ser privado de sus posesiones salvo en virtud del interés público y sujeto a las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional (Artículo 1 (1) Protocolo 1 de la CEDH). Una vez que entramos en este territorio prevalece la conveniencia política, la que a su vez facilita una especie de mezcla<sup>76</sup> entre elementos procesales y sustantivos (recuérdese que, ahora en Alemania, son los tribunales penales los que administran decomisos *in rem*, los que supuestamente son similares a las medidas del Derecho Civil). En efecto, la protección constitucional ordinaria de los derechos de propiedad no solo establece aquello que es constitucional o inconstitucional (dejando de lado lo inconstitucional), sino que también deja un margen político considerable adentro. Por lo tanto, probablemente sería excesivo, y por lo tanto inconstitucional, decomisar (en un ejemplo estadounidense cuyos hechos altero para efectos de este trabajo),<sup>77</sup> un yate como instrumento de un crimen relacionado con las drogas, en atención a que alguien fumó marihuana en dicha embarcación. Sin embargo, no sería una infracción excesiva al derecho de propiedad si se decomisara este mismo yate en situaciones donde, con conocimiento de su propietario, se utilizara dicho bien para el contrabando de drogas a lo largo de diversos Estados.

Lo anterior sugiere que la etiqueta constitucional “no penal” expande la autoridad estatal. Más concretamente, restringe los límites de dicha autoridad por medio de la desactivación de garantías constitucionales especiales del Derecho Penal y del proceso penal.<sup>78</sup>

La jurisprudencia del TEDH sobre decomiso reveladora a este respecto. Dado que el TEDH tiene decenas de estados miembros, el tribunal se enfrenta con diversos tipos y tipologías de regímenes de decomiso (incluso dentro de los mismos Estados). Para dar cuenta de ellos, la búsqueda por la(s) naturaleza(s) jurídica(s) del

76 Véase, en general, HENDRY y KING (2017), p. 733.

77 *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974).

78 Si bien es probable que esta sea la regla, existen excepciones notables, por lo que la dependencia del Derecho Penal Constitucional en las etiquetas es un fenómeno neutral. En Alemania, por ejemplo, la introducción de elementos (supuestamente) no-penales en la administración de justicia penal, a saber, la delegación de decomisos sin condena a los tribunales penales ordinarios (en virtud de la Sección. 76a (4) del Código Penal alemán), está siendo cuestionada a la luz de la división de las competencias legislativas. Alemania es un Estado federal, donde el legislador federal solo ostenta poderes legislativos limitados, entre otras cosas, en materia de Derecho Penal (artículo 74 (1) *Grundgesetz*). Por lo tanto, si uno sostiene, como lo sugieren los primeros comentarios, y al tomar en serio las clasificaciones del *Bundestag* alemán (véase TEMMING (2018), nota 3 y 3.1.), que los decomisos sin condena son en el fondo materia de Derecho Privado, pareciera entonces como si el *Bundestag* alemán no hubiese tenido competencia, en virtud de su jurisdicción penal, para legislar sobre este tipo de decomisos. Francamente, me parece que esta línea de razonamiento es seriamente defectuosa, ya que confunde la teoría del Derecho Penal (¿Es el decomiso “penal” en su naturaleza?) con la teoría del Derecho Penal Constitucional (¿Puede el decomiso introducirse en la administración de justicia penal, por ejemplo, por razones pragmáticas, y por lo tanto bajo una teoría de los poderes implícitos o tácitos?). La objeción también pasa por alto que el poder legislativo del *Bundestag* alemán también se extiende al Derecho Civil y a la organización judicial (artículo 74 (1) *Grundgesetz*). Pero esto no será motivo de preocupación aquí. Baste con resaltar la importancia que las etiquetas tienen para el Derecho Constitucional Penal.

decomiso aparece prominentemente en la jurisprudencia del tribunal. De hecho, el TEDH ha desarrollado un peculiar conjunto de criterios (conocidos como criterios *Engel*)<sup>79</sup> para determinar la naturaleza jurídica de cualquier sanción determinada, sin perjuicio de su clasificación formal a nivel nacional. Estos criterios incluyen, entre otros, la clasificación nacional, la naturaleza de la norma infringida, la gravedad de la sanción, el objetivo de la sanción, y el procedimiento mediante el cual se aplica la sanción.<sup>80</sup> Al aplicar estos criterios al decomiso, el TEDH llegó a diferentes clasificaciones de medidas de decomiso individual dependiendo de su respectivo tipo y naturaleza.<sup>81</sup> Por una parte, en muchos casos el TEDH ha rechazado la clasificación nacional como una medida no-penal.<sup>82</sup> Esto es especialmente así cuando la medida de decomiso en cuestión es dictada por un tribunal penal en el contexto de un proceso penal. Por otra parte, como ya hemos visto,<sup>83</sup> el tribunal no cuestionó la clasificación no-penal de otros tipos de decomisos (como la restitución civil de Reino Unido o las medidas de prevención italianas [*misure di prevenzione*]), en los cuales el decomiso no está vinculado estrictamente a un delito particular cometido por una persona, sino que está vinculado a las ganancias mismas, o al peligro general que implica que la persona lo posea. Como consecuencia de ello, mientras que algunas medidas de decomiso fueron examinadas bajo los artículos 6(2), (3) y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (esto es, como medida penal que debe cumplir con las garantías “penales” de la Convención), otras fueron “solo” examinadas a la luz de los artículos 6(1) de la CEDH 1(1) del Protocolo de la CEDH (como una medida civil que debe cumplir, entre otras cosas, con la debida protección de los derechos de propiedad).

Como un ejemplo, el tribunal en un caso estableció que:

[ciertos] procedimientos civiles *in rem* (...) que no surgen a partir una condena penal o procedimiento de condena, y que por lo tanto no califican como pena sino que constituyen una medida para controlar el uso de la propiedad dentro del significado del artículo 1 del Protocolo N. 1, no pueden ser considerados como “la determinación de una acusación penal” dentro del significado del artículo 6 § 1 de la Convención, y deben ser examinados bajo el título “civil” de este artículo.<sup>84</sup>

79 Véase *Engel and others v. The Netherlands* (1976).

80 Para apreciar la progresiva evolución de los criterios *Engel*, véase entre otros *Öztürk v. Germany* (1984); *Sergey Zolotukhin v. Russia* (2009); *Del Rio Prada v. Spain* (2013).

81 Sobre esta jurisprudencia del TEDH, véase SIMONATO (2017), pp. 365 *et seq.* y PANZAVOLTA (2017), p. 33 *et seq.*

82 Véase por ejemplo *Welch v. U.K.* (1995); *Geerings v. The Netherlands* (2007); *Sud Fondi SRL and Others v. Italy* (2007); *Paraponiaris v. Greece* (2008); *Varvara v. Italy* (2013). Esta línea jurisprudencial fue confirmada posteriormente por la Gran Cámara en *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* (2018), párrafo 210 *et seq.*

83 Véase más arriba, notas 67 y 68.

84 *Gogitidze and Others v. Georgia* (2015), párrafo 121.

Sin embargo, respecto de otros regímenes de decomiso, el tribunal comenzó su análisis bajo la premisa según la cual

En cuanto a la naturaleza y propósito de la medida de decomiso, la Gran Cámara confirma (...) que el decomiso de la propiedad de los solicitantes por el desarrollo de un sitio fue punitivo en su naturaleza y propósito, y fue por lo tanto una “pena” dentro del significado del artículo 7 de la Convención.<sup>85</sup>

En otros términos, la clasificación “correcta” de cualquier medida de decomiso es el punto de partida para el TEDH. Ello predetermina los tests constitucionales (es decir, los tests de derechos humanos) que esta medida tiene que pasar para poder cumplir con las exigencias de la CEDH.

### 3.1.3 Etiquetas clasificatorias como estrategias expansivas

Si bien el apoyo que prestan las etiquetas al Derecho Constitucional Penal pareciera ser neutral, su uso estratégico no lo es.

Por un lado, aquellos que estratégicamente estudian el decomiso (sea general o tipos individuales) en clave punitiva o retributiva, lo hacen para limitar su alcance sustantivo y su capacidad procesal.<sup>86</sup> (Por ejemplo, activando el principio de culpabilidad o la presunción de inocencia para restringir el decomiso ampliado; o para limitar tanto decomisos sin condena como decomisos contra terceros bajo el patrocinio de la administración de justicia penal). En muchos casos, lo anterior se debe a un argumento complejo: si el Derecho Penal y el proceso penal estuvieran abiertos a justificaciones preventivas o privativas en casos específicos, se amenazaría con contaminar el sistema penal en su totalidad, y se desvirtuaría su legitimidad normativa y su aceptación social.<sup>87</sup>

Por el otro lado, es posible sostener que lo contrario también es cierto. Cuando se etiqueta teleológicamente al decomiso como similar al Derecho Privado o al Derecho Administrativo, generalmente se hace para incrementar las capacidades regulatorias del legislador: en particular, desactivando las garantías específicas asociadas al Derecho Penal y al proceso penal, y activando la protección ordinaria de los derechos de propiedad. Ello, a su vez, conlleva conveniencia política, y mayor margen de acción del Estado en su lucha contra los delitos graves.<sup>88</sup> Como ejemplo de lo anterior, recuérdese la sección 437 Código Procesal Penal alemán, con sus extrañas pautas para determinar si acaso ciertos activos tenían una procedencia oscura –y posiblemente ilícita. Durante el debate y el proceso de consulta en la reforma del decomiso alemán, el objetivo de la referida disposición fue introducir la idea de prueba *prima*

85 *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* (2018), párrafo 222.

86 Véase, además de la doctrina alemana ya citada, TAIFA (1994), p. 95 *et seq.*; GRAY (2012), p. 32 *et seq.*; MAZZACUVA (2017), p. 194 *et seq.*; ALESSANDRI (1989), 50; MOCCIA (1997), p. 76 *et seq.*; PADOVANI (2014), pp. 250, 321, 342 *et seq.*; MAIELLO (2012), p. 54.; CERESA-GASTALDO (2015), p. 8.

87 SCHILLING y HÜBNER (2018), p. 51.

88 Véase, además de la doctrina alemana ya citada, NELSON (2016), p. 2492 *et seq.*; VIGANÒ (2018), p. 885 *et seq.*

*facie* en el Código Procesal Penal alemán. Sólo después de fuertes críticas de partes interesadas (incluido el Colegio de Abogados de Alemania),<sup>89</sup> el término prueba *prima facie* fue eliminado de los registros. Sin embargo, la referida disposición estaba claramente destinada a servir como guía para los tribunales, e implementar jurídicamente el acuerdo que los (entonces) partidos gobernantes pactaron políticamente en su coalición, a saber, un “traspaso constitucionalmente válido de la carga de la prueba” en el contexto de decomisos sin condena o de bienes de procedencia incierta.<sup>90</sup> No es de extrañar, entonces, que el *Bundestag* alemán haya tenido que clasificar los procedimientos de la sección 76a (4) del Código Penal alemán como meros procedimientos objetivos *in rem*, los que –supuestamente– sólo buscan reasignar derechos de propiedad. Porque esta clasificación permite poner la carga de la prueba en el propietario de los activos “oscuros”.

El uso de etiquetas y la búsqueda de naturalezas jurídicas no está restringido a los legisladores y tribunales. Basta con dar dos ejemplos de la doctrina. Frank Meyer estaba dispuesto a admitir que, “con respecto al decomiso, Alemania se ha quedado atrás durante décadas, por haber hecho la vista gorda al riesgo y a la gravedad del crimen organizado, y por haber ignorado en gran medida el impacto social del decomiso de activos criminales.”<sup>91</sup> No es de extrañar, entonces, que dicho autor apoyara firmemente la autorización de decomisos de activos de procedencia dudosa, así como de decomisos sin condena, sobre la base de que se trataría de medidas de naturaleza civil o administrativa. Al final de cuentas, no se debe “traer un cuchillo a una pelea de armas de fuego” (son sus palabras, no las mías).<sup>92</sup> Joachim Vogel, por otro lado, es partidario de una posición contraria. Los beneficios del delito, señaló, “no son perjudiciales en sí mismos”, ya que “no es en absoluto extraordinario que las ganancias del delito se laven y se inviertan en bienes o empresas legales en sí mismas”.<sup>93</sup> Dado que este último autor no cree que el producto del delito blanqueado puede causar un daño significativo,<sup>94</sup> la lucha contra el crimen organizado no es tan importante, para él, como para reducir el ámbito tradicional de acción del Derecho Penal y del proceso penal. Así, no sorprende que Vogel haya clasificado el decomiso de las ganancias como una medida punitiva.<sup>95</sup>

89 Véase, por ejemplo, la opinión consultiva del Consejo del Colegio de Abogados de Alemania, p. 6 et seq, o del Colegio de Abogados de Alemania, p. 17. Todos estos documentos están disponibles en: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform\\_strafrechtlichen\\_Vermögensabschoepfung.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_strafrechtlichen_Vermögensabschoepfung.html).

90 Véase el pacto de coalición entre la CDU, CSU y SPD, para el Período Legislativo No. 18, p. 145, disponible en [https://www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile).

91 MEYER (2017), p. 354 (“*Deutschland [hinkt] bei der Abschöpfung der Entwicklung Jahrzehnte hinter [...], weil man bislang Risiko und Ausmaß von OK ausgeblendet und die gesamtgesellschaftliche Bedeutung der Vermögensabschöpfung weitestgehend ignoriert hat*”).

92 MEYER (2017), p. 343.

93 VOGEL (2015), p. 235.

94 Esto también es empíricamente cuestionable.

95 VOGEL (2015), p. 238.

### 3.2. Crítica

Si mi análisis es cierto, la pregunta si acaso el decomiso constituye una sanción penal o no, no es esencial para entender muchos de los problemas que presenta esta medida. Más bien, la búsqueda legislativa, adjudicativa y académica por la verdadera naturaleza jurídica del decomiso –¿Derecho Penal o qué?– está motivada por consideraciones políticas y prejuicios en materias fundamentales, y está promovida y garantizada por la dependencia del Derecho Constitucional Penal en las etiquetas clasificatorias. La búsqueda de la naturaleza jurídica del decomiso parece ser una farsa. Por supuesto, esta farsa está motivada, en muchos casos, por el Derecho mismo, especialmente por el Derecho Penal Constitucional y sus etiquetas clasificatorias. Por lo tanto, cobra sentido que los legisladores, jueces, profesionales y académicos hagan uso de estas etiquetas en su argumentación. Sin embargo, o por lo menos me gustaría sugerir, no deberíamos recomendar este enfoque. Déjenme dar tres razones:

#### 3.2.1 Apertura Normativa (decomiso de las ganancias del delito)

En primer lugar, la búsqueda de etiquetas clasificatorias simplifica un fenómeno que es altamente complejo. De hecho, pretende convertir en unitario aquello que es ambivalente y polivalente,<sup>96</sup> esto es, las muchas justificaciones del decomiso. El mejor ejemplo es el decomiso de las ganancias del delito, respecto del cual los siguientes objetivos tienen cierto peso:<sup>97</sup>

Restaurar el *status quo* del propietario;

Establecer y perpetuar, comunicativamente, la norma social y la creencia de que “¡El crimen no debe pagar!”. Esto es, en terminología penal alemana, prevención general positiva;

Prevenir daños futuros mediante la remoción de circulación de activos posiblemente ilícitos; más aún si, contrariamente a lo que mi maestro Joachim Vogel creía, estos activos se lavan e invierten en la economía blanca. En efecto, el Estado debe inhibir la infiltración criminal en áreas públicas (económicas, sociales, culturales, políticas, etc.). Téngase en cuenta que ésto no es “prevención” en un sentido penal, sino como medida de seguridad contra peligros concretos. Esto es, en la terminología legal alemana, prevención en el sentido de “Derecho Policial”;

Apoyar a las víctimas en la recuperación de sus bienes perdidos;

Disuadir a posibles autores y cómplices, a quienes se les puede inducir el temor de perder “todo”. Esto es, en la terminología penal alemana, prevención general negativa;

Infligir un castigo adicional, y posiblemente uno extraordinariamente doloroso, a potenciales malhechores, especialmente a los “experimentados”, quienes no consideran las multas o el encarcelamiento, sino que la pérdida de su estado financiero, como particularmente perturbadora.

96 Tal como correctamente lo destaca ESER (2014a), nota 12.

97 Cf. BOUCHT (2017), p. 95 *et seq.* con referencias adicionales.

Si se redujeran estas razones a una lógica de binarios (por ejemplo, Derecho Penal, Derecho Privado, Derecho Administrativo, etc.), no se lograría explicar la compleja fundamentación del decomiso de ganancias. Esta medida se aplica tanto a nivel general (cuando un legislador diseña el decomiso en abstracto) como caso por caso (cuando, v.gr., un órgano de justicia penal administra una orden de decomiso). En ambos escenarios, no parece posible apelar a *la* (única y exclusiva) naturaleza jurídica del decomiso de ganancias.<sup>98</sup>

El decomiso se caracteriza por su flexibilidad e indeterminación normativa, así como por su sobre-determinación justificativa. De hecho, esta medida juega con, y opera sobre la base de, sus diversos fundamentos. Por ejemplo: (1) el decomiso apela a diferentes sentimientos de la sociedad (así, mientras un ciudadano puede considerar que es un castigo legítimamente correcto, otro puede entenderlo como un instrumento restaurador); (2) esta medida afecta a diversos destinatarios y de manera diferente (por ejemplo, puede ser que para un criminal de carrera y consolidado la prisión no genere un efecto disuasivo, pero sí quizás el decomiso de sus activos). En efecto, el decomiso de ganancias es, para bien o para mal, una herramienta altamente moldeable y flexible, posiblemente reactiva y educativa. Para bien o para mal, no se puede clasificar dicha medida a través de etiquetas rígidas y unitarias. Por el contrario, ello podría ofuscar su verdadera “naturaleza” –cual es su apertura normativa–, ocultando aquello que debe discutirse: a saber, si queremos y necesitamos un instrumento de este tipo en nuestro listado de herramientas para combatir el crimen (sea en general o categorías delictuales particularmente graves).

Para complicar las cosas, el debate sobre la naturaleza jurídica del decomiso pone sobre la mesa otros prejuicios en asuntos fundamentales, por ejemplo, en materia de castigo, prevención y derechos de propiedad. Estos prejuicios, sin embargo, tampoco se encuentran resueltos o zanjados –piénsese simplemente en los debates sobre la “naturaleza jurídica del castigo”. De hecho, ellos están normativamente abiertos. De modo tal que un estudio serio acerca de la naturaleza jurídica del decomiso tendría que abarcar *todo* –entre otras cosas, la “naturaleza jurídica” del Derecho Penal y de la administración de justicia penal; su relación con otras áreas del Derecho, la conexión entre lo legal y lo político, o entre lo social y lo normativo, etc.

Como es de esperar, este tipo de estudios son poco frecuentes. Si se toma en serio la apertura normativa del decomiso y de sus prejuicios subyacentes, probablemente las conclusiones en torno a *la* naturaleza jurídica del decomiso resultarían en “ficciones jurídicas”.<sup>99</sup>

### 3.2.2. La ficción jurídica de lo pero no-punitivo

Quisiera criticar la ficción jurídica de que el decomiso no tiene carácter punitivo. Piénsese en la tesis subyacente a reforma alemana de 2017, según la cual el decomiso (ordinario y ampliado) de las ganancias del delito no es más que una reasigna-

98 ESER (2014a), nota 12, objeta el último caso, quien asigna al juez que decide caso por caso el carácter de una sanción individualmente administrada.

99 Tal como VOGEL (2015), p. 228 denominó los decomisos civiles en el Derecho estadounidense.

ción de derechos de propiedad. Ello es una petición de principio: ¿Por qué el Estado querría, y se le permitiría, reasignar derechos de propiedad? La respuesta, de todos modos, es simple y compleja: en atención a las razones mencionadas anteriormente (esto es, restauración, comunicación, prevención, retribución, apoyo a las víctimas, etc.). La reasignación de derechos de propiedad, como tal, carece de potencial justificativo real. Además, cuando se simplifica excesivamente dicha idea, aparece como desproporcionada respecto de su objetivo. En efecto, extender la procedencia del decomiso ampliado para cualquier delito subyacente, sin mayores matices, otorga a los actores de la justicia penal el poder para –usando un refrán– “matar moscas con un cañón”.<sup>100</sup> Por ejemplo, los ladrones menores, quienes no tienen una conexión conocida con el crimen organizado, pueden ahora ser destinatarios de órdenes de decomiso bajo el Derecho alemán.

O téngase en cuenta la narrativa alemana de que los decomisos sin condena se practican de manera objetiva bajo un procedimiento *in rem*, que puede y debe ser distinguido de un procedimiento penal *in personam*. Las siguientes peticiones de principios saltan a la vista: ¿Por qué el procedimiento objetivo *in rem* tiene un destinatario individual? ¿Y por qué se encuentra, dicho procedimiento, limitado por la protección constitucional de los derechos de propiedad? Nuevamente, la respuesta es bastante simple: se trata, por supuesto, de un procedimiento *in personam*, pero uno que elude esta etiqueta para suprimir, artificialmente, cualquier semejanza con un juicio penal. En este sentido, es hora de valorar internacionalmente lo que Stefan Cassella ha observado respecto del debate en Estados Unidos sobre el decomiso civil: a saber, que la clasificación de esta medida como civil, en lugar de criminal, no es más que un truco doctrinal, “visto simplemente como un dispositivo procedimental para hacer frente a todas las objeciones en contra del decomiso de activos de una sola vez y en un solo procedimiento”.<sup>101</sup> Sostener lo contrario implica un formalismo desafortunado [*“schlechte Begriffsjurisprudenz”*].

Finalmente, veamos qué sucede con la ficción alemana según la cual, si bien las ganancias del delito se calculan por medio del principio bruto, su decomiso no tiene carácter punitivo. Esto ciertamente deja de ser válido una vez que se atiende más allá de un test basado en finalidad (esto es, en la versión precaria y limitada del Tribunal Constitucional Federal alemán, de castigo como retribución y reproche moral). Así las cosas, dicha ficción perdería validez si se tuvieran debidamente en cuenta los efectos punitivos y los marcos punitivo-procesales de los decomisos (sólo téngase en cuenta que las reglas de prescripción penal no se aplican; sección 76b del Código Penal alemán). No obstante, incluso si se suscribiera una idea finalista del castigo, la sección 73d (1) del Código Penal alemán pone sobre la mesa un fuerte elemento de falta personal, en el sentido de que *“Vorsatztat”* es tratado de manera diferente que *“Fahrlässigkeitstat”*. Introduzca retribución y reproche ético, y por tanto las características claves de una finalista del castigo, al decomiso de las ganancias del delito en Alemania.

100 RÖNNAU y BEGEMEIER (2016), p. 260 *et seq.*

101 CASSELLA (2013), p. 837.



### 3.2.3. La ficción jurídica de lo punitivo

Esto puede servir a quienes clasifican el decomiso como una medida punitiva. Sin embargo, esta forma de ver las cosas también simplifica demasiado el asunto, especialmente cuando se exige la aplicación integral e irrestricta de las garantías penales correspondientes, como el principio de culpabilidad o la presunción de inocencia. Paradójicamente, es el carácter absoluto de estas garantías (esto es, su falta de flexibilidad y adaptabilidad: su carácter absoluto) lo que provoca que la ficción jurídica del carácter no punitivo del decomiso no tome en cuenta las mismas garantías. O, para utilizar la terminología de la doctrina constitucional alemana, dado que los derechos y libertades fundamentales asociados al Derecho Penal y al proceso penal no contemplan ninguna posibilidad (real) de justificar intervenciones proporcionadas a sus garantías [*“keine Rechtfertigungsmöglichkeit von Eingriffen in den Schutzbereich”*], es que dichas garantías son limitadas y restringidas desde el comienzo [*“der Schutzbereich wird eng gehalten”*].

Entonces, los críticos del decomiso deben preguntarse: ¿No tenemos, como sociedad, que ser más flexibles? Nuevamente, piénsese en el decomiso ampliado. Esta medida puede ser un mecanismo desproporcionado en algunos casos; sin embargo, en otros, puede ser necesario para combatir estructuras criminales serias (por ejemplo, organizadas o corporativas). Esto ciertamente podría ser una de las justificaciones que inspira la sección 73a del Código Penal alemán. Si las estructuras criminales cometieran delitos menores condenables, activarían la posibilidad de dictar una orden de decomiso ampliado para decomisar lo más posible.

Además, la decisión de mantener el Derecho Penal y la administración de justicia penal libres de justificaciones supuestamente “extrañas” (por ejemplo, privativas o preventivas) no es de suyo convincente. De hecho, existen consideraciones pragmáticas razonables que apoyarían la tesis contraria, como por ejemplo, aprovechar la experiencia, autoridad e integridad de los actores de la justicia penal. ¿O es que estos actores, por su propia profesión, no se encuentran autorizados para restaurar el legítimo estado de los derechos de propiedad, o para impedir eventuales corrupciones en espacios públicos mediante el retiro de circulación de activos ilícitos? Yo creo que sí lo están. En consecuencia, lo que realmente está en juego no es preservar el carácter inmaculado del sistema penal, sino que justificar intervenciones sustanciales a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, con independencia de cómo se organizan y clasifican estas intervenciones (por ejemplo, como Derecho Privado, Policial o Penal). La externalización de lo precario a otras ramas sustantivas u organizativas del Derecho (tal vez incluso algún tipo de *“Feindstrafrecht”*), como algunos quisieran, no es una solución al problema (por ejemplo, para mantener el *“Bürgerstrafrecht”* limpio y ordenado).<sup>102</sup>

Finalmente, lo que puede ser lo más doloroso de todo esto es que, para bien o para mal, la objeción fundamental a la inclusión de justificaciones “extrañas” a la administración de justicia penal (por ejemplo, no liberales, relacionadas con la

102 La referencia es a la conocida elaboración de JAKOBS (1985), p. 783 *et seq.*; GÜNTHER (2004), p. 88 *et seq.*

seguridad, preventivas o privativas) fracasó del todo como estrategia. Al menos en Alemania, y más aún en Europa, observamos un influjo cada vez mayor de este tipo de justificaciones en el sistema penal. Se están convirtiendo en el pilar fundamental de una arquitectura excesiva en la tarea de brindar seguridad, en la cual coinciden la anticipación, prevención y represión de riesgos y delincuencia.<sup>103</sup> La pregunta esencial, por tanto, es si uno quiere criticar estos desarrollos desde afuera, o discutir constructivamente los mismos desde adentro, a fin de prevenir excesos.

#### 4. ¿AHORA QUÉ?

Mis deconstrucciones conducen a un abandono del pensamiento jurídico pos-naturalista y pos-formalista. Una vez que se dispersan las falsas creencias acerca de las naturalezas jurídicas y las etiquetas constitucionales –pues, en efecto, un “¿Derecho Penal o qué?” no es capaz de decirnos mucho sobre la legitimidad del decomiso en general o de sus tipos controversiales en particular–, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Cómo se puede reflexionar constructivamente sobre los objetos, alcance y destinatarios, así como sobre el diseño procesal y organizacional de los decomisos? O, para decirlo más informalmente: ¿ahora qué? Por medio de un análisis general, me gustaría ofrecer algunas ideas muy tentativas sobre el asunto.

Para evaluar la legitimidad del decomiso, se necesita establecer un marco normativo. Dado que los conceptos tradicionales (doctrinales o constitucionales) fallaron, necesitamos un debate político abierto –y desagradable– sobre los valores y principios fundamentales. En otras palabras, debemos abordar la justicia penal constitucional, y su posible apertura, a través de una agenda formativa, a fin de discutir abiertamente el marco socio-político de nuestro orden normativo. Esto puede sonar algo raro, de modo que permítanme plantear dos preguntas que se me vienen a la mente.

##### 4.1 ¿Derechos absolutos?

¿Podemos todavía, como polis, permitirnos que la administración de justicia penal funcione en base a garantías intocables? ¿Es el carácter absoluto de tales garantías más deseable que una administración efectiva de sanciones penales –por ejemplo, para anticipar el surgimiento de regímenes autoritarios–, incluso si ello implica un descontrol de la delincuencia organizada, cuestión que podría socavar el estado democrático? ¿O es necesario lograr un equilibrio (y en tal caso, cómo), restringiendo las garantías del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, pero únicamente para situaciones excepcionales, estableciendo un sistema de *checks & balances*?

Estas preguntas, a la luz de la sección 76a (4) del Código Penal alemán –esto es, decomiso extraordinario sin condena de bienes de dudosa procedencia–, permiten sostener lo siguiente: parece que, para bien o para mal, y con la ayuda de una ficción de Derecho Civil, el *Bundestag* alemán puso término al carácter irrestricto de

103 Sobre estos desarrollos, véase, v.gr., FARMER (2014), p. 399 *et seq.* Sobre todos los distintos aspectos involucrados, véase también SULLIVAN y DENNIS (2012).

los principios tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. Pero lo hizo únicamente respecto de formas especialmente peligrosas de criminalidad (exceptuado el caso del decomiso ampliado, el que en teoría es aplicable a cualquier empresa criminal). Y al confiar la administración de los decomisos sin condena a los órganos de la justicia penal, el *Bundestag* reclutó a quienes debieran tener siempre una “conciencia de duda”; a saber, los fiscales y jueces, ya que son quienes ponen en movimiento, en el día a día, el Derecho Penal y el carácter *ultima ratio* de la autoridad estatal (al menos bajo los paradigmas tradicionales). La política alemana está cambiando, para bien o para mal. El *Bundestag* alemán, como principal órgano legislativo del Estado de Bienestar de Alemania, ya no considera que la pendiente resbaladiza del autoritarismo puede ser más problemática que los peligros del terrorismo, del crimen organizado, o de ciertas formas de crimen económico. Así es cómo, en mi opinión, se debiera discutir la sección 76a (4) del Código Penal alemán, y también los decomisos sin condena y decomisos por sospecha de activos de dudosa procedencia. Esto es, como una transformación de la política alemana, en la cual aquello que antes se calificaba como Estado de Emergencia (esto es, casos donde la polis estaba en peligro, lo que a su vez justificaba la suspensión de ciertas ideas liberales del Estado de Derecho) se convierte, *de facto*, en lo que es normal, con la pregunta inmediata de si esta normalidad fáctica es una aberración normativa o una nueva normalidad normativa.

#### 4.2. ¿Igualdad de ciudadanos?

Lo anterior es solo una parte de la historia. No solo tenemos que asumir la perspectiva macro del ordenamiento constitucional, sino que también la micro de cómo acercarnos –y de hecho formar– a las personas como posibles destinatarios de órdenes de decomiso. Entonces, de nuevo la pregunta: ¿podemos todavía permitirnos tratar a todas las personas como iguales, como ciudadanos, con su inquebrantable derecho a permanecer en silencio y a ser presumidos inocentes y respetuosos de la ley? ¿O tenemos que poner fin a estos principios, sea en general o para casos particulares? De hecho, ¿tenemos que continuar con la división de la sociedad por medio de la diferenciación entre cargas de la prueba y cargas a futuro según las diferentes clases de destinatarios? (Lo anterior, a fin de obstaculizar a aquellos que son particularmente peligrosos –por ejemplo, integrantes “conocidos” del crimen organizado–, y también para aliviar a aquellos que no lo son –por ejemplo, ladrones “simples”).

Estas preguntas, vistas a la luz de las secciones 73a del Código Penal alemán (decomiso ampliado) y 437 del Código Procesal Penal alemán (directrices para aplicar decomisos extraordinarios sin condena según la Sección 76a (4) del Código Penal alemán), permiten las siguientes respuestas. A primera vista, pareciera que, en términos generales, el ciudadano común, a quien contra-fácticamente consideramos como respetuoso de la ley hasta que se demuestre lo contrario, ha sido reemplazado por el potencial criminal de carrera, o por la persona potencialmente peligrosa, quien tiene el deber “cívico” de mostrar que no es un individuo peligroso. Dado que la peligrosidad se basa en evaluaciones de pronóstico, los “falsos positivos” (personas no peligrosas que se consideran peligrosas) se normalizan y se convierten en un riesgo que vale la pena enfrentar. Esto explicaría (nótese: ¡no justificaría!) el que por cada condena

penal se permita ahora a los actores de la justicia penal investigar los derechos de propiedad de los condenados, y decomisar activos provenientes de delitos que no fueron llevados a la justicia. Esto también explicaría (de nuevo: ¡no justificaría!) por qué, en un contexto de terrorismo o crimen organizado, el posible destinatario de una orden de decomiso es quien debe explicar los orígenes de sus activos; y, en caso de no hacerlo convincentemente, se puede decretar entonces una orden de decomiso en virtud de la sección 76a (4) del Código Penal alemán. Lo anterior introduce el “delito de riqueza inexplicable” en el sistema de justicia penal alemán.

A segunda vista, si bien las cosas pueden ser más sutiles, no son menos preocupantes. En la práctica, la clase y el estatus social del destinatario de una orden de decomiso juegan un papel importante en la determinación de si (1) un activo proviene o no de una empresa delictual (sección 73a del Código Penal alemán); o de si (2) es probable que así lo sea (sección 76a (4) del Código Penal alemán). Al fin de cuentas, parece mucho más razonable creer que el heredero de una familia rica posee varios Ferraris que alguien que vive oficialmente de la seguridad social. La transformación del ciudadano respetuoso de la ley en una persona potencialmente peligrosa facilita, por tanto, que consideraciones acerca de la clase y el estatus (entre otras) vuelvan a jugar un papel en la administración de justicia penal. Nuevamente, así es como deben discutirse los decomisos ampliados y sin condena.

### 4.3 Perspectivas

Las discusiones en torno a la naturaleza jurídica del decomiso y su clasificación correcta –¿Derecho Penal o qué?– son distractivos que no permiten dimensionar las profundas transformaciones que, para bien o para mal, está experimentando la administración de justicia penal en este momento. Necesitamos examinar, o eso sugiero, estas transformaciones del ordenamiento constitucional. Entre otras transformaciones, hay que atender a lo siguiente: (1) el derecho positivo parece considerar que la pendiente resbaladiza del autoritarismo estatal es menos preocupante que la subversión de la paz civil y el orden público por parte de carteles criminales; y (2) el derecho positivo ha socavado, *de facto*, el carácter inquebrantable de la igualdad de los ciudadanos al establecer que ciertas clases de individuos son más peligrosos que otros. Una vez que ponemos sobre la mesa estas transformaciones, necesitamos poner en movimiento las respectivas justificaciones normativas o sus refutaciones. De ello no he hablado en este trabajo. Para decirlo abiertamente: no he argumentado ni a favor de tomar la pendiente resbaladiza al autoritarismo a la ligera, ni tampoco he dicho que hay que poner fin a la igualdad de los ciudadanos –a quienes, por principio, no podemos considerar como peligrosos sino hasta que se demuestre lo contrario. Por el contrario, al haber revelado el debate sobre la naturaleza jurídica como una farsa, simplemente he puesto sobre la mesa preguntas desconcertantes que deben abordarse.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Alberto (1989). “Confisca”, *Digesto Discipline Penalistiche* (Utet).
- APPEL, Ivo (1998). *Verfassung und Strafe* (Duncker & Humblot).
- BARAK, Aharon (2012). *Proportionality* (Cambridge University Press).
- BICKENBACH, Christian (2014). *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers* (Mohr Siebeck).
- BOLES, Jeffrey R. (2014). “Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Right Violations”, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 17, No. 4, pp. 835-880.
- BOUCHT, Johan (2014). “Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence Under Article 6(2) ECHR”, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, N° 2, pp. 221-255.
- BOUCHT, Johan (2017). *The Limits of Asset Confiscation* (Hart).
- BRUNHÖBER *et al.* (eds.) (2013). *Strafrecht und Verfassung* (Nomos).
- BURCHARD, Christoph (forthcoming). “From open normativity to normative openness – or on addressing justificatory pluralism in international criminal justice”, in BERGSMO, Morten (eds.), *Philosophical Foundations of International Criminal Law* (forthcoming).
- BURCHARD, Christoph (2017). „Die normative Offenheit der Völkerstrafrechtspflege: Eine deskriptive Annäherung“, in SALIGER, Frank *et al.* (eds.), *Festschrift für Ulfrid Neumann* (C.F. Müller).
- BURCHARD, Christoph (2016). „Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff“, in TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege* (Nomos), pp. 27-62.
- CASSELLA, Stefan D. (2015). “Civil Asset Recovery – The American Experience”, in RUI, Jon Petter and SIEBER, Ulrich (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (Duncker & Humblot), pp. 13-30.
- CASSELLA, Stefan (2013). *Asset Forfeiture Law in the United States* (Juris Publishing).
- CERESA-GASTALDO, Massimo (2015). “Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto”, *Dir. Pen. Cont.*, pp. 1-8.
- EBERBACH, Wolfram H. (1987). „Zwischen Sanktion und Prävention – Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung nach dem StGB“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, N° 11, pp. 486-492.

- ESER, Albin (2014a), Vor §§ 73 et seq., in SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.), Strafgesetzbuch (29a ed., Beck).
- ESER, Albin (2014b), § 73 Voraussetzungen des Verfalls, in SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.), Strafgesetzbuch (29a ed., Beck).
- ESER, Albin (2014c), § 73 a Verfall des Wertersatzes, in SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst (eds.), Strafgesetzbuch (29a ed., Beck).
- ESER, Robert (2015). "A Civil Asset Recovery Model – The German Perspective and European Human Rights" in RUI, Jon Petter and SIEBER, Ulrich (eds.), Non-Conviction-Based Confiscation in Europe (Duncker & Humblot), pp. 69-109.
- FARMER, Lindsay (2014). "Criminal law as a security project", *Criminology & Criminal Justice*, Vol. 14, No. 4, pp. 399-404.
- GEBAUER, Tim (2016). „Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 101-104.
- GRAY, Anthony Davidson (2012). "Forfeiture provisions and the criminal/civil divide", *New Crim. L. Rev.*, Vol. 15, pp. 35-67.
- HENDRY, Jennifer y KING, Colin (2017). "Expediency, legitimacy, and the rule of law: a system's perspective on civil/criminal procedural hybrids", *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 11, N° 4, pp. 733-757.
- HOUTZ, Peter D. (1997). "The Innocent Owner Defense To Civil Forfeiture Proceedings", *University of Richmond Law Review*, Vol. 31, N° 1, pp. 257-285.
- JAHN, Matthias (2016). "Strafverfassungsrecht: Das Grundgesetz als Herausforderung für die Dogmatik des Straf- und Strafverfahrensrechts", en Tiedemann et. al. (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege* (Nomos), pp. 63-86.
- JAKOBS, Günther (2004). "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, Vol. 5, N° 3, pp. 88-95.
- JAKOBS, Günther (1985). "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 97, N° 4, pp. 751-785.
- KASPAR, Johannes (2014). *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht* (Nomos).
- KING, Colin (2012). "Using civil processes in pursuit of criminal law objectives: a case study of non-conviction-based asset forfeiture", *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 16, N° 4, pp. 337-363.
- KÖHLER, Marcus (2017). "Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 1/2", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, N° 9, pp. 497-512.
- KÖHLER, Marcus y BURKHARD, Christiane (2017). "Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung – Teil 2/2", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, N° 12, pp. 665-682.

- KÖLLNER, Rolf E. y MÜCK, Jörg (2017). “Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht*, 2017, N° 15-16, pp. 593-599.
- KORTE, Matthias (2018). “Vermögensabschöpfung reloaded“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2018, N° 1, pp. 1-12.
- LAGODNY, Otto (1996). *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte* (Mohr Siebeck).
- LOOMBA, Lalit K. (1989). “The Innocent Owner Defense to Real Property Forfeiture Under Comprehensive Crime Control Act of 1984“, *Fordham Law Review*, Vol. 58, N° 3, pp. 471-492.
- MAIELLO, Vincenzo (2012). “Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte“, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, N° 3-4, pp. 43-57.
- MANES, Vittorio (2016). “The Last Imperative of Criminal Policy: Nullum Crimen Sine Confiscatione“, *European Criminal Law Review*, Vol. 6, N° 2, pp. 143-160.
- MAZZACUVA, Francesco (2017). *Le pene nascoste* (Giappichelli).
- MEYER, Frank (2017). “Die selbstständige Einziehung nach § 76a StGB-E, oder: Don’t bring a knife to a gunfight“, *Strafverteidiger*, 2017, N° 5, pp. 343-354.
- MEYER, Frank (2015). “Reformiert die Rückgewinnungshilfe! – Denkanstöße für eine generalüberholung der Vermögensabschöpfung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 127, N° 2, pp. 241-283.
- MOCCIA, Sergio (1997). *La perenne emergenza* (2a ed., ESI).
- NELSON, Caleb (2016). “The Constitutionality of Civil Forfeiture“, *The Yale Law Journal*, Vol. 125, N° 8, pp. 2446-2518.
- NIETZSCHE, Friedrich (2007). *On the Genealogy of Morality* (trad. Carol Diethe, 2a ed., Cambridge University Press).
- PADOVANI, Tullio (2014). *Misure di sicurezza e misure di prevenzione* (Pisa University Press).
- PANZAVOLTA, Michele (2017). “Confiscation and the Concept of Punishment: Can there be a Confiscation without a Conviction?“, en LIGETI, Katalin y SIMONATO, Michele (eds.), *Chasing Criminal Money* (Hart), pp. 25-74.
- RÖNNAU, Thomas y BEGEMEIER, Moritz (2016). “Die neue erweiterte Einziehung gem. § 73a Abs. 1 StGB-E: mit Kanonen auch auf Spatzen?“, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, 2016, N° 7, pp. 260-264.
- RÖNNAU, Thomas y BEGEMEIER, Moritz (2017). “Grund und Grenzen der Bruttoeinziehung“, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2017, N° 1, pp. 1-19.
- SALIGER, Frank (2017a), Vor §§ 73 et seq., en KINDHÄUDER, Urs et al. (eds.), *Strafgesetzbuch* (7a ed., Nomos).
- SALIGER, Frank (2017b), § 73 Voraussetzungen des Verfalls, en KINDHÄUDER, Urs et al. (eds.), *Strafgesetzbuch* (7a ed., Nomos).

- SALIGER, Frank (2017c), § 73 a Verfall des Wertersatzes, en KINDHÄUDER, Uts *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch* (7a ed., Nomos).
- SALIGER, Frank (2017d). “Grundfragen der Vermögensabschöpfung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 129, N° 4, pp. 995-1034.
- SCHILLING, Hellen *et al.* (2017). “Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, *Strafverteidiger-Forum*, 2017, N° 8, pp. 305-316.
- SCHILLING, Hellen y HÜBNER, Yannic (2018). “Non-conviction-based confiscation” – Ein Fremdkörper im neuen Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung?, *Strafverteidiger*, 2018, N° 1, pp. 49-57.
- SIMONATO, Michele (2017). “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, *ERA Forum – Journal of the Academy of European Law*, Vol. 18, N° 3, pp. 365-379.
- STÄCHELIN, Gregor (1998). *Strafgesetzgebung und Verfassungsstaat* (Duncker & Humblot).
- SULLIVAN, G. R. y DENNIS, Ian (eds.) (2012). *Seeking Security. Pre-Empting the Commission of Criminal Harms* (Hart).
- TAIFA, Nkechi (1994). “Civil Forfeiture vs. Civil Liberties”, *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, Vol. 39, pp. 95-120.
- TEMMING, Dieter (2018), § 437, in GRAF, Jürgen Peter (ed.), *BeckOK StPO* (29a ed., Beck).
- TIEDEMANN, Klaus (1991). *Verfassungsrecht und Strafrecht* (Müller C.F.).
- TRÖNDLE, Herbert *et al.* (1985). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (42a ed., Beck).
- TRÜG, Gerson (2017). „Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, N° 27, pp. 1913-1918.
- VIGANÒ, Francesco (2018). “Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano”, in PALIERO, Carlo Enrico *et al.* (eds.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione* (Giuffrè), pp. 885-918.
- VOGEL, Joachim (2015). “The Legal Construction that Property Can Do Harm – Reflections on the Rationality and Legitimacy of “Civil” Forfeiture”, en RUI, Jon Petter y SIEBER, Ulrich (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (Duncker & Humblot), pp. 233-243.
- WEINER, Edward C. (1981). “Crime Must Not Pay: RICO Criminal Forfeiture in Perspective”, *Northern Illinois University Law Review*, Vol. 1, N° 2, pp. 225-260.



## JURISPRUDENCIA CITADA

### **Corte Suprema de Estados Unidos:**

*Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974). 15 de mayo de 1974.

### **Tribunal Administrativo Federal Suizo:**

SchwBVerwG (2013). 24 de septiembre de 2013, C-2528/2011.

### **Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG):**

BVerfGE 90, 145 (1994). 9 de marzo de 1994.

BverfGE 110 (2004). 14 de enero de 2004, 2 BvR 564/95.

### **Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH):**

BGH (1994). 22 de noviembre de 1994 – 4 StR 516/94.

BGH (2002). 21 de marzo de 2002 – 5 StR 138/01.

BGH (2010). 27 de enero de 2010 – 5 StR 224/09.

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):**

*Engel and Others v. The Netherlands* (1976). 8 de junio de 1976. Escrito No. 5100/71.

*Öztürk v. Germany* (1984). 21 de febrero de 1984. Escrito No. 8544/79.

*Welch v. U.K.* (1995). 9 de febrero de 1995. Escrito No. 17440/90.

*Geerings v. The Netherlands* (2007). 1 de marzo de 2007. Escrito No. 30810/03.

*Sud Fondi SRL and Others v. Italy* (2007). 30 de agosto de 2007. Escrito No. 75909/01.

*Paraponiaris v. Greece* (2008). 25 de septiembre de 2008. Escrito No. 42132/06.

*Sergey Zolotukhin v. Russia* (2009). 10 de febrero de 2009. Escrito No. 14939/03.

*Del Rio Prada v. Spain* (2013). 21 de octubre de 2013. Escrito No. 42750/09.

*Varvara v. Italy* (2013). 29 de octubre de 2013. Escrito No. 17475/09.

*Gogitidze and Others v. Georgia* (2015). 12 de mayo de 2015, Escrito No. 36862/05.

*Devadze and Others v. Georgia* (2016). 11 de octubre de 2016, Escrito No. 21727/05.

*G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* (2018). 28 de junio de 2018. Escrito No. 1828/06.

