

ANA I. PÉREZ MACHÍO / JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI
(Dirs.)

LEIRE BERASALUZE GERRIKAGOITIA / HELENE COLOMO IRAOLA
(Eds.)

CONTRA LA POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO

Libro-Homenaje al Prof.
Dr. Ignacio Muñagorri Laguía

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2021



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks
Incluye versión en digital

El trabajo se ha desarrollado en el marco del Grupo Consolidados GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminológicas. Gobierno Vasco (Grupo Consolidados IT 1372-19). Investigador Principal: De la Cuesta Arzamendi

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Ana I. Pérez Machío, José Luis de la Cuesta Arzamendi (Dirs.) y Leire Berasaluze Gerrikagoitia, Helene Colomo Iraola (Eds.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1391-127-4
DL NA 1438-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Índice General

Página

PRESENTACIÓN 41

UNA VIDA DEDICADA A LA UNIVERSIDAD PÚBLICA, Y
MUCHO MÁS 43

XABIER ARANA BERASTEGI

LAURA PEGO OTERO

POLÍTICA CRIMINAL

POLÍTICA CRIMINAL DEL COVID-19 53

FCO. JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA

I. Emergencia sanitaria y estado de necesidad 53

II. Llanto y rabia 60

III. Delitos contra los derechos de los trabajadores 62

IV. Las leyes sanitarias 64

V. A modo de una brevísima conclusión de todo lo anterior 68

DEMOCRACIA Y VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN ARGENTINA:
LA PERSISTENCIA DE LA TORTURA 69

GABRIEL IGNACIO ANITUA

DISCRIMINACIÓN, GÉNERO E INTERSECCIONALIDAD
EN EL DERECHO PENAL 83

MAGGY BARRÈRE UNZUETA

penal-penitenciario de señalamiento y ejecución de penas privativas de libertad.

Lo cierto es que un Código penal que incorpora mecanismos que ralentizan o impiden definitivamente la reinserción social, que renuncia al sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad, que trata al imputable como si no lo fuera, y que finalmente vuelve a traer a la arena política la cadena perpetua bajo el eufemístico nombre de prisión permanente revisable, no es digno sucesor del Código que nació en 1995 que perseguía una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permitiera alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna: los cambios que ese mismo Código ha sufrido durante estos 26 años han llevado a cabo una verdadera contra reforma de aquel derecho penal de la democracia en el que la reinserción social no es más que un concepto completamente edulcorado.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de decomiso

ISIDORO BLANCO CORDERO¹

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

I. INTRODUCCIÓN

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en adelante TEDH) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la compatibilidad de la institución del decomiso con los derechos reconocidos en el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (en adelante CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. La cuestión más debatida ha sido posiblemente si el decomiso constituye o no una sanción penal. De ser la respuesta afirmativa, se activará el conjunto de derechos aplicables a los casos penales, como las garantías penales contenidas en el artículo (art.) 6.2 y 6.3 CEDH, el principio de legalidad y la irretroactividad de las leyes penales del art. 7 CEDH y el principio *ne bis in idem* del art. 4 del Protocolo 7 al CEDH. Varias resoluciones del TEDH valoran si el decomiso vulnera el derecho de propiedad, no reconocido expresamente en el CEDH, pero sí en el Protocolo Adicional (también conocido como Protocolo núm. 1.º) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (art. 1).

El presente trabajo, que presentamos para homenajear la trayectoria docente e investigadora del profesor *Ignacio Muñagorri Laguía*, revisa los criterios elaborados por el TEDH en relación con el decomiso. Con base en

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado "Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia" (AEQUALITAS) Ref.: RTI2018-096398-B-I00 concedido en la convocatoria 2018 de Proyectos de I+D+i "Retos investigación" del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ellos, el Tribunal ha llegado a diferentes conclusiones sobre la naturaleza del decomiso en función de las características propias de su regulación y aplicación en los diversos Estados². En ocasiones ha confirmado la naturaleza jurídica del decomiso (penal o no) que se le otorga a nivel interno. En otras, por el contrario, ha rechazado la etiqueta de instrumento no penal que se le asigna en el plano nacional. Especialmente cuando se impone por un juez penal, en el marco de un proceso penal, y con mayor razón si su incumplimiento motiva la imposición de penas privativas de libertad. El examen de la regulación y aplicación del decomiso en los distintos Estados se ha realizado, en algunos casos, tomando como referencia (no de forma exclusiva) el art. 1, apartado 1, del Protocolo núm. 1.º CEDH y, en otros, a la luz de los arts. 6 (2) (3) y 7 CEDH (es decir, como instrumento penal que debe cumplir con las garantías penales del CEDH).

II. DECOMISO Y DERECHO DE PROPIEDAD DEL PROTOCOLO NÚM. 1.º CEDH

El decomiso consiste en la “privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”³. La mayoría de las modalidades de decomiso suponen la privación del derecho de propiedad sobre determinados bienes (si es que realmente existe tal derecho cuando se trata de bienes adquiridos de manera delictiva). Por ello, se ha planteado la compatibilidad de este instrumento con el derecho a la propiedad, a lo que se ha referido el TEDH.

El art. 1 Protocolo núm. 1.º al CEDH, relativo a la protección de la propiedad, contiene dos párrafos. El primero de ellos reconoce el derecho que tienen todas las personas físicas y jurídicas al respeto de sus bienes y dispone que “nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”. Esto se entiende, añade el párrafo segundo, “sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés

2. SIMONATO, M., “Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains”, *ERA Forum* (2017) 18:365-379, p. 365; PANZAVOLTA, M., “Confiscation and the concept of punishment: can there be a confiscation without a conviction?”, en Ligeti, K., Simonato, M. (Eds.) *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart Publishing, Oxford (2017), pp. 33 ss.
3. Definición de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, art. 2.4.

general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”. El TEDH explica que el precepto contiene tres reglas distintas: la primera, en la primera frase del primer párrafo, tiene carácter general y alude al principio del disfrute pacífico de los bienes; la segunda, prevista en la segunda frase del primer párrafo, comprende la posibilidad de privación del derecho de propiedad sometida a ciertas condiciones; la tercera, en el párrafo segundo, reconoce que el Estado tiene el derecho, entre otras cosas, a reglamentar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general⁴.

En diversos fallos, el TEDH ha valorado el decomiso en relación con el párrafo segundo del art. 1 del Protocolo núm. 1.º⁵, que permite a los Estados reglamentar el uso de los bienes “de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”. Especialmente si se trata del decomiso impuesto tras una condena, de manera que viene a considerarlo como una especie de forma de reglamentar el uso de los bienes para garantizar el pago de multas (*penalties* en la versión en inglés)⁶. En el asunto *Phillips* explicó que el segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1.º debe interpretarse a la luz del principio general establecido en la primera oración del primer párrafo que exige que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido⁷. Y ello pese a que el decomiso es un instrumento que conceptualmente podría ser valorado a la luz del párrafo 1 del artículo mencionado, pues supone la privación del derecho de propiedad sobre los bienes.

No siempre el TEDH diferencia si en un caso de decomiso se aplica el párrafo primero o el segundo del art. 1, y advierte incluso que no es necesaria dicha diferenciación. Más bien procede a pronunciarse acerca de si la privación de la propiedad se ha realizado de conformidad con los principios de legalidad, objetivo legítimo y proporcionalidad⁸.

– El Tribunal señala que el más importante requisito del art. 1 del Protocolo núm. 1.º es que toda injerencia de la autoridad en el goce pacífico del derecho de propiedad debe estar *prevista en la ley*. Esto significa, en primer lugar, el cumplimiento de las disposiciones aplicables de la legislación

4. Así, por ejemplo, *Denisova and Moiseyeva v. Russia*, núm. 16903/03, 1 April 2010, § 55.
5. *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A núm. 24, § 63; *AGOSI v. the United Kingdom*, 24 October 1986, Series A núm. 108, § 51.
6. Por ejemplo, en el asunto *Markus v. Latvia*, núm. 17483/10, 11 June 2020, § 70.
7. *Phillips v. the United Kingdom*, núm. 41087/98, ECHR 2001-VII, §§ 51-52; *Balsamo v. San Marino*, nos. 20319/17 and 21414/17, 8 October 2019, § 81.
8. *Denisova y Moiseyeva c. Rusia*, §§ 55 ss.

nacional⁹. Asimismo, en segundo lugar, el requisito de legalidad implica compatibilidad con el Estado de derecho, lo que supone que las normas deben ser suficientemente precisas y deben proporcionar protección jurídica contra la arbitrariedad¹⁰.

– Además, cualquier injerencia en el disfrute del derecho de propiedad debe perseguir un *fin legítimo*, ya que el art. 1 del Protocolo núm. 1.º presupone la existencia de un interés general en la privación de dicho derecho¹¹. El TEDH ha reiterado que el decomiso constituye una restricción legítima del derecho de propiedad, especialmente cuando se trata del decomiso penal de bienes relacionados con actividades delictivas¹².

– En algunos asuntos el TEDH ha calificado de desproporcionada la injerencia en los derechos de propiedad. No existen, sin embargo, criterios claros para determinar cuándo existe desproporción. El recurso a este criterio ha sido criticado en la medida en que no ofrece una orientación clara al juez acerca de cómo determinar cuándo una medida concreta representa un justo equilibrio, o cuando los medios adoptados pudieran guardar una relación de proporcionalidad con el objetivo legítimo perseguido. A juicio de algunos, el Tribunal muestra una tendencia a aplicar el criterio de la proporcionalidad de manera menos estricta en relación con el derecho de propiedad que respecto de otros derechos fundamentales, en particular cuando el decomiso forma parte de la estrategia de lucha contra delitos graves como el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y la corrupción¹³. En realidad, se trata de un criterio que valora especialmente aspectos relacionados con el procedimiento a través del cual se impone el decomiso.

Por ejemplo, el TEDH ha afirmado que una intromisión en el derecho a la propiedad viola el *principio de proporcionalidad* –comprometiendo el justo equilibrio entre el derecho individual y el interés general–, cuando se impone una carga excesiva al propietario. El incumplimiento por parte de las autoridades nacionales de llevar a cabo un ejercicio de justo equilibrio entre los intereses privados involucrados en el caso y el interés público puede motivar la condena del Estado. En el asunto *Paulet* se apreció una vulneración de la proporcionalidad en un supuesto en el que se ordenó el decomiso de los ahorros de toda la vida de una persona obtenidos trabajando en un empleo que había logrado con un pasaporte falso.

9. *Dimitrovi v. Bulgaria*, núm. 12655/09, 3 March 2015, § 44.

10. *Ibidem*, § 45.

11. *Ibidem*, §§ 51 ss.

12. *Cfr.*, por ejemplo, *Rummi v. Estonia*, núm. 63362/09, 15 January 2015.

13. SIMONATO, *ERA Forum* (2017) 18:365–379, p. 377.

Los tribunales nacionales del Reino Unido no examinaron si el decomiso había respetado un equilibrio justo entre los derechos de propiedad y el interés público lo que supuso una violación del art. 1 del Protocolo núm. 1.º¹⁴. En el asunto *Microintelect*, relativo al decomiso en procedimientos administrativos punitivos de Bulgaria relacionados con la venta de alcohol sin licencia, el TEDH destacó que, en la búsqueda del equilibrio entre los derechos de propiedad y el interés general, los Estados tienen un amplio margen de apreciación para aprobar leyes con el fin de garantizar el pago de impuestos, ya que las decisiones en este ámbito “normalmente implican la consideración de cuestiones políticas, económicas y sociales que el Convenio deja a la competencia de los Estados contratantes”¹⁵. En ese asunto, sin embargo, Bulgaria fue condenada por una violación del art. 1 del Protocolo núm. 1.º porque el demandante (un ‘tercero’ que era una persona jurídica) no pudo intervenir en el proceso contra los presuntos infractores¹⁶. En el reciente asunto *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy*¹⁷ se valora la proporcionalidad del decomiso en el ámbito de los delitos urbanísticos a la luz del art. 1 del Protocolo núm. 1.º, exigiendo una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, la cual se verá afectada si la persona en cuestión tiene que soportar una carga excesiva.

El Tribunal¹⁸ se ha pronunciado asimismo en relación con la proporcionalidad del *decomiso de instrumentos* del delito pertenecientes a terceros de buena fe. Por ejemplo, en el asunto *Andonoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, relativo al decomiso de un coche utilizado por un tercero para transportar ilegalmente inmigrantes. El Tribunal evalúa la proporcionalidad del decomiso, señalando que está previsto en la ley y que persigue el objetivo legítimo de prevenir la inmigración clandestina y la trata de seres humanos. En cuanto al equilibrio entre ese objetivo y los derechos del demandante, reitera que, cuando se decomisan bienes que han sido utilizados ilegalmente, dicho equilibrio depende de muchos

14. *Paulet v. the United Kingdom*, núm. 6219/08, 13 May 2014, §§ 68–69.

15. *Microintelect OOD v. Bulgaria*, núm. 34129/03, 4 March 2014, § 42.

16. *Microintelect OOD v. Bulgaria*, núm. 34129/03, 4 March 2014, § 49.

17. *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* (merits) [GC], nos. 1828/06 and 2 others, 28 June 2018, §§ 300 ss. A juicio del TEDH se ha producido una violación del art. 1 del Protocolo núm. 1.º con respecto a todos los solicitantes debido al carácter desproporcionado de la medida de decomiso.

18. Por ejemplo, *Bkm Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi v. Slovenia*: ECHR 17 Jan 2017, núm. 42079/12, relativa al decomiso del camión propiedad de una empresa, cuyo conductor había utilizado para transportar droga; *Yasar v. Romania*, final 26/02/2020, núm. 64863/13, sobre el decomiso de un barco utilizado por un tercero para la pesca ilegal, que el Tribunal admitió puesto que el propietario debería haber sido consciente del uso ilícito del mismo.

factores, entre ellos, el comportamiento del propietario. Advierte que el automóvil fue decomisado en el contexto de un proceso penal contra una tercera persona después de que el fiscal retirara los cargos penales contra el demandante y que señalara que este desconocía que su automóvil había sido utilizado para transportar inmigrantes ilegales. Además, el demandante se ganaba la vida como taxista, no tenía antecedentes penales y no había ningún indicio de que su automóvil hubiera sido utilizado anteriormente para cometer un delito. Tampoco había nada que sugiriera que hubiera razones para temer que el automóvil fuera usado para cometer más delitos. El Tribunal observa que en la legislación nacional el decomiso de vehículos utilizados para el tráfico ilícito de migrantes es obligatorio, se impone de manera automática y no permite ninguna excepción. Se aplica independientemente de si los instrumentos son propiedad del infractor o de un tercero y, en este último caso, al margen del comportamiento del tercero o su relación con el delito. En el presente asunto, dice el TEDH, tal decomiso automático privó al demandante de cualquier posibilidad de argumentar su caso. Además, los tribunales nacionales carecían de facultades discrecionales y no podían examinar el caso sobre la base de ninguno de los factores descritos anteriormente. Por último, el Tribunal observa que la legislación nacional no contempla la posibilidad de reclamar una indemnización. En tales circunstancias, entiende que la aplicación del decomiso fue desproporcionada, ya que impuso una carga excesiva sobre el demandante¹⁹.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO Y APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES

El debate acerca de la naturaleza jurídica del decomiso surge porque la legislación nacional a menudo no lo considera una sanción, sino, dependiendo de los Estados, una medida de seguridad, una medida preventiva o un instrumento que no persigue el castigo del culpable sino la neutralización del lucro del delito y la eliminación de las ganancias criminales de la economía lícita. Es bien sabido que el TEDH no se encuentra obligado por las etiquetas que asignan las legislaciones nacionales a las distintas instituciones sometidas a su consideración. En esta línea, maneja un concepto autónomo de lo que debe entenderse por materia penal. Desde el asunto *Engel y otros*²⁰ recurre a tres criterios para determinar si una

19. *Andonoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, núm. 16225/08, 17 September 2015, §§ 32 ss.

20. *Engel et autres c. Pays Bas*, 8 junio 1976, n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

determinada medida reviste carácter penal a efectos del CEDH: su calificación en el Derecho nacional, la naturaleza del procedimiento y la gravedad de la sanción. Sin embargo, no es sencillo descifrar cómo se han aplicado estos criterios al decomiso. En algunos casos, decomisos que en la legislación nacional eran considerados no penales fueron calificados por el TEDH como una pena. En otros casos similares, los jueces de Estrasburgo han confirmado la calificación nacional²¹. Su jurisprudencia se caracteriza en esta materia por su incoherencia y, consecuentemente, por la imprevisibilidad de su resultado en un asunto específico²².

Tratando de hacer frente a la delincuencia que genera importantes beneficios económicos, y con el fin de que el delito no resulte beneficioso, se han elaborado a nivel internacional numerosos convenios que obligan al decomiso tanto de los instrumentos como del producto del delito, protegiendo en todo caso a los terceros de buena fe. Bajo el *nomen juris* decomiso, los Estados han introducido medidas de prevención penal *ante delictum*, sanciones penales (penas accesorias o incluso principales), medidas de seguridad en sentido amplio, medidas administrativas adoptadas dentro o fuera del proceso penal y medidas civiles *in rem*²³. Como hemos indicado, en ocasiones el TEDH rechaza la etiqueta asignada al decomiso a nivel nacional como instrumento de naturaleza no penal. Asignarle carácter penal motiva que se activen las garantías penales del CEDH. Lo contrario desactiva tales garantías, si bien ello no obsta a que sean de aplicación otros derechos del CEDH normalmente de naturaleza civil. Veamos a continuación cómo ha decidido el TEDH en relación con las diferentes modalidades de decomiso reguladas en los diversos países europeos. Entre ellas, han sido objeto de controversia las novedosas figuras del decomiso ampliado, el decomiso sin condena o decomiso civil y algunos mecanismos de decomiso específicos contenidos en la legislación italiana (el decomiso de prevención y el decomiso de inmuebles por infracciones urbanísticas).

III.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO AMPLIADO: LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En cuanto al denominado decomiso ampliado, se observa una evolución en la doctrina del TEDH, que inicialmente lo consideró como sanción penal y su imposición sometida a las garantías penales, y posteriormente ha dicho lo contrario.

21. SIMONATO, *ERA Forum* (2017) 18:365–379, p. 369.

22. *Ibidem*, p. 371.

23. *Cfr. Partly concurring and partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque* en el asunto *Varvara v. Italy*, App no 17475/09 (ECtHR, 29 October 2013).

En el asunto *Welch* el TEDH examinó una modalidad de decomiso de bienes susceptibles de ser utilizados en futuras operaciones de tráfico de estupefacientes a la que el legislador británico asignaba una naturaleza preventiva, le atribuía el objetivo de garantizar que el delito no resultase beneficioso y permitía que fuera aplicable de manera retroactiva²⁴. El TEDH, aplicando los criterios del asunto *Engel*, afirmó que no se puede excluir que una legislación que confiere tan amplios poderes de decomiso a los Tribunales persiga también el objetivo de castigar al delincuente. A su juicio, los objetivos de prevención y de reparación son compatibles con el de represión y pueden ser considerados como elementos constitutivos de la noción de pena (§ 30). Explica que la gravedad del decomiso no es algo decisivo, porque numerosas medidas no penales de naturaleza preventiva pueden tener un impacto sustancial sobre la persona en la que recaen (§ 32). Encontró indicios de su carácter punitivo en otros aspectos, como la existencia de presunciones legales que invertían la carga de la prueba, el hecho de que el decomiso no se limitaba al enriquecimiento o lucro real sino a todo producto del delito, el poder discrecional del juez, así como la posibilidad de imponer una pena de prisión en caso de impago. A juicio del TEDH, son todos ellos elementos que, considerados conjuntamente, apuntan a que se trata de un régimen represivo (§ 33), por lo que el decomiso *constituye una pena* y se ha producido una violación del art. 7 par. 1 CEDH que impide su aplicación retroactiva.

Sin embargo, en el conocido asunto *Phillips*, sobre una modalidad de decomiso ampliado previsto en la legislación del Reino Unido que requiere que exista una condena y que recaea sobre bienes derivados de delitos por los que el sujeto no ha sido condenado, se solicitó al TEDH que estableciera si el demandante estaba sujeto a nuevas imputaciones y si el derecho a la presunción de inocencia desplegaba sus efectos en estos casos²⁵. Apartándose de la doctrina sentada en el asunto *Welch*, el Tribunal niega la naturaleza penal de esta modalidad de decomiso. De acuerdo con el primero de los criterios sentados en el asunto *Engel* (la clasificación del procedimiento en la legislación nacional), observa que el procedimiento de decomiso no implica una nueva acusación en materia penal, no se le imputa al sujeto una nueva infracción penal, sino que forma parte del procedimiento para establecer la sanción (*sentencing process*) tras la imposición de una condena. En cuanto a los criterios segundo y tercero (la naturaleza del procedimiento y del tipo y la gravedad de la pena) considera que, si bien es cierto que las presunciones previstas en la legislación sometida a examen implican que el Tribunal nacional presume que el

24. *Welch v. the United Kingdom*, 9 February 1995, Series A núm. 307-A.

25. *Phillips v. the United Kingdom*, núm. 41087/98, ECHR 2001-VII.

culpable ha estado involucrado en otros delitos distintos del que es objeto de la condena (con la inversión de la carga de la prueba), el procedimiento no persigue su condena o absolución por esos otros delitos, sino permitir al Tribunal la fijación de la cuantía a decomisar. Además, si bien se presume que se ha beneficiado del tráfico de estupefacientes en el pasado, ello no se refleja en sus "antecedentes penales"²⁶.

También se ha pronunciado sobre la regulación del decomiso ampliado previsto en los Países Bajos. Así, en el asunto *Van Offeren v. the Netherlands*²⁷ se aplica la doctrina elaborada en el asunto *Phillips*. Sin embargo, en el asunto *Geerings* se condenó a los Países Bajos por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH porque el decomiso ampliado, impuesto después de una condena, recaía sobre bienes derivados de delitos por los cuales el demandante había sido previamente absuelto. El TEDH señala que el art. 6.2 CEDH contiene una regla general según la cual, tras una absolución definitiva, ya no es admisible expresar sospechas con respecto a un inocente²⁸.

III.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO SIN CONDENADA O DECOMISO CIVIL

Se ha debatido en la *doctrina* la naturaleza jurídica del decomiso no basado en condena, también denominado decomiso civil en algunos países. Una crítica común es que el decomiso civil de bienes ilícitos logra los mismos objetivos que el decomiso penal, pero sin las garantías procesales y la protección de los derechos humanos que se aplican en los procesos penales²⁹. Pese a ello, el TEDH mantiene una jurisprudencia consistente en el sentido de que no constituye una herramienta de naturaleza penal.

En el asunto *Walsh v United Kingdom*³⁰ relativo al decomiso sin condena previsto en el Reino Unido, señaló que ni el procedimiento ni la resolución

26. *Phillips v. the United Kingdom*, núm. 41087/98, ECHR 2001-VII, § 32 - 34.

27. *Van Offeren v. Netherlands* (dec.), núm. 19581/04, 5 July 2005.

28. *Geerings v. Netherlands*, núm. 30810/03, 1 March 2007.

29. Sobre esta modalidad, *cfr.* BLANCO CORDERO, I., "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)", en el Libro colectivo *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, directores: Eduardo A. Fabián Caparrós, Miguel Ontiveros Alonso, Nicolás Rodríguez García, México, D.F., 2012, pp. 337-371; BLANCO CORDERO, I., "El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia", en *Crisis financiera y derecho penal económico*, coord. Por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (Dir.), 2014, pp. 149-210

30. *Cecil Stephen Walsh against the United Kingdom*, núm. 43384/05, 21 November 2006.

de decomiso impuesta tenían una finalidad punitiva o directamente disuasoria. Más bien, se pretende simplemente recuperar los activos que no pertenecen legalmente al demandante³¹. Concluye así que el procedimiento de decomiso no basado en condena tiene naturaleza civil y no penal. En el mismo sentido, en el asunto *Dassa Foundation v. Liechtenstein*³², que planteaba su compatibilidad con el art. 7 CEDH, consideró que el decomiso no basado en condena regulado en Liechtenstein no tiene naturaleza de pena, sino que se trata de una consecuencia de carácter civil. Constituye, dice el Tribunal, una institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte provechoso.

En el asunto *Butler c. Royaume – Uni* el TEDH, siguiendo los argumentos expresados en el asunto *Phillips*, niega nuevamente la naturaleza penal del procedimiento de carácter civil previsto en la legislación del Reino Unido para proceder al embargo y decomiso del dinero en efectivo procedente del tráfico de estupefacientes³³. La normativa nacional permite a los agentes de aduanas o a la policía embargar y conservar el dinero en metálico importado al Reino Unido o exportado del mismo cuando existan razones fundadas para sospechar que tal dinero representa directa o indirectamente el producto del tráfico de drogas o que una persona lo destina a tal tráfico. El Tribunal puede decretar el decomiso de tal dinero embargado cuando esté convencido de que representa directa o indirectamente el producto del tráfico de drogas, o de que una persona lo destina a tal tráfico. La carga de la prueba descansa en la acusación y no se exige prueba directa, sino que basta con pruebas indirectas o indiciarias. A juicio del TEDH, el decomiso es una medida preventiva que no puede equipararse a una sanción penal, pues tiene por objeto retirar de la circulación dinero que se supone que está vinculado al tráfico internacional de estupefacientes.

También el decomiso civil de *Georgia* ha sido impugnado repetidamente ante el Tribunal. Esta modalidad de decomiso permite a las autoridades recuperar los bienes acumulados de manera ilícita o inexplicable por los funcionarios públicos acusados de determinados delitos, sin necesidad de que exista una condena. El TEDH ha subrayado que el decomiso de bienes decretado en un proceso civil que no implica una imputación penal no es de carácter punitivo sino preventivo y/o compensatorio y, por lo tanto, no son de aplicación las garantías penales del art. 6.2 y 6.3 CEDH³⁴.

31. *Ibidem*, núm. 1.

32. *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, ECHR, Aplicación Núm. 696/05 (Julio 10, 2007).

33. *Butler v. the United Kingdom* (dec.), núm. 41661/98, ECHR 2002-VI.

34. *Gogitidze and Others v. Georgia*, núm. 36862/05, 12 May 2015; *Giorgi Devadze v. Georgia*, núm. 21727/05, 3.11.2016.

III.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO PREVENTIVO ITALIANO

El TEDH se ha pronunciado en relación con las demandas presentadas contra el decomiso preventivo en materia de delitos mafiosos previsto en Italia, en las que se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH³⁵. En los asuntos *Marandino*, *Raimondo* y *Prisco* el TEDH negó que el decomiso antimafia viole el principio de presunción de inocencia³⁶. Acoge los argumentos del gobierno italiano y reconoce que constituye una medida preventiva y no una sanción penal. De ello deduce que no es aplicable a esta modalidad de decomiso la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH, ni a ninguna medida preventiva, porque no presuponen la imputabilidad y la culpabilidad de la persona a la que se imponen. El TEDH admite que el decomiso antimafia se basa en la presunción de que los bienes de la persona acusada de pertenecer a una asociación criminal constituyen el beneficio de actividades ilícitas o de su reutilización. Pero acepta su compatibilidad con la presunción de inocencia y con el principio de culpabilidad, porque las presunciones de hecho o de derecho no son, en principio, contrarias al Convenio. Los Estados parte tienen la obligación de permanecer dentro de los límites de lo razonable, han de tener en cuenta la importancia de los intereses en juego y garantizar que no resultan violados el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo, dando al sujeto la posibilidad de rebatir la presunción de culpabilidad aportando prueba en contrario. Se valora positivamente el procedimiento previsto en el ordenamiento italiano, que garantiza la contradicción ante tres instancias jurisdiccionales. Se subraya que los tribunales no pueden basarse en simples sospechas; deben establecer y valorar objetivamente los hechos expuestos por las partes.

35. Cfr. ampliamente BLANCO CORDERO, I., "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, coord. por Luz María Puente Aba, Mónica Zapico Barbeito, Luis Rodríguez Moro, 2008, pp. 69-106, y la jurisprudencia citada.

36. *Donato Prisco contre l'Italie*, 15 junio 1999, n.º 38662/97; *Raimondo v. Italy*, 22 February 1994, Series A núm. 281-A; Commission européenne des Droits de l'Homme, *M. contre l'Italie*, 15 abril 1991, núm. 12386/86; *Rocco Arcuri et trois autres contre l'Italie*, 5 julio 2001, n.º 52024/99; *Riela and Others v. Italy* (dec.), núm. 52439/99, 4 September 2001; *Gianfranco Bocellari et Wilma Rizza contre l'Italie*, 28 octubre 2004, n.º 399/02; *Antonino Madonia contre l'Italie*, 25 marzo 2003, n.º 55927/00.

III.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO DE INMUEBLES EN CASO DE INFRACCIONES URBANÍSTICAS EN ITALIA: LA SENTENCIA G.I.E.M. AND OTHERS V. ITALY

Aunque a nivel nacional italiano se entiende que el decomiso de bienes inmuebles como consecuencia de infracciones urbanísticas tiene un carácter administrativo, el TEDH ha venido considerando de manera reiterada que su naturaleza es penal³⁷ (lo que ha generado un interesante diálogo entre el Tribunal europeo y el Tribunal Constitucional italiano). Así lo ha hecho en diversos asuntos como *Sud Fondi*, *Varvara*³⁸ y en el reciente asunto *G.I.E.M. and others*. En este último se debatió si es compatible con el CEDH el decomiso de inmuebles en caso de urbanización ilegal, incluso cuando los demandados no han sido objeto de imputaciones penales o el proceso se ha sobreesido por razón de la prescripción del delito. Los demandantes eran cuatro empresas y el director de una de ellas, cuyos bienes inmuebles habían sido decomisados por las autoridades como consecuencia de la infracción de la legislación urbanística italiana. Sus demandantes se basaron en el art. 7 CEDH, el art. 1 del Protocolo núm. 1.º, el art. 6 y el art. 13 CEDH. El Tribunal reafirmó su postura respecto a la naturaleza penal de esta modalidad de decomiso y la vulneración de las garantías penales³⁹.

IV. CONCLUSIÓN

Las diversas modalidades de decomiso previstas en los Estados europeos han sido objeto de numerosos procesos ante el TEDH. Su análisis permite observar una situación de tensión entre, por un lado, la necesidad de mecanismos eficaces de decomiso que impidan que el delito resulte beneficioso y, por otro, la exigencia de protección de los derechos humanos. El TEDH ha establecido algunos límites a la aplicación del decomiso. Por ejemplo, en el caso del decomiso ampliado, si bien considera que no constituye una sanción penal, sí que exige que se acredite la existencia de un delito (y una condena por el mismo), siendo aplicables las garantías penales del art. 6.2 CEDH en relación con el mismo. Asimismo, resuelve que si se ha producido la absolució por un hecho delictivo no es posible decomisar bienes del sujeto absuelto que se afirme que proceden de dicho delito. O que el decomiso de bienes utilizados como instrumentos

37. Cfr., por ejemplo, *Sud Fondi srl and Others v. Italy*, núm. 75909/01, 20 January 2009; *Varvara v. Italy*, núm. 17475/09, 29 October 2013.

38. *Gianfranco Bocellari et Wilma Rizza contre l'Italie*, 28 octubre 2004, n.º 399/02; *Affaire Bongiorno et autres c. Italie*, 5 janvier 2010, núm. 4514/07.

39. Diferenciando, eso sí, en función de cada uno de los demandantes.

del delito pertenecientes a terceros no responsables de la infracción penal requiere que estos conozcan su utilización ilícita o deberían haber sido conscientes del eventual uso delictivo, siendo en caso contrario desproporcionado con arreglo a lo dispuesto en el art. 1 del Protocolo núm. 1.º. Con todo, la doctrina elaborada por el TEDH se puede tildar de vaga e incoherente⁴⁰. No es posible identificar criterios claros sobre cómo valorar las diversas modalidades de privación de bienes relacionados con actividades delictivas, lo que convierte en impredecible el desenlace de cualquier recurso ante el Tribunal. Es cierto que la forma en la que se han diseñado los distintos regímenes de decomiso dificulta en gran medida la confección de una doctrina unitaria. El TEDH opta por pronunciarse sobre la aplicación realizada en el caso sometido a su consideración y no tanto sobre la naturaleza del decomiso en general, algo que deja a la libre configuración de los Estados.

40. Como indica SIMONATO, *ERA Forum* (2017) 18:365-379, p. 371.