

## Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?<sup>1</sup>

Prof. Dr. J.A.E. Vervaele

Catedrático de Derecho penal económico y financiero. Facultad de Derecho de Utrecht

### 1. Introducción

Durante mucho tiempo las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial impuestas por hechos punibles han jugado un papel mínimo en Derecho penal. El lugar central lo ocupaba la sanción del autor en tanto que individuo. En el contexto de la intervención penal, el patrimonio sólo representaba un interés para la investigación de la prueba o para el orden público (confiscación). El menoscabo patrimonial constituía una ayuda, en ningún momento una sanción independiente. Por lo que respecta a la responsabilidad civil, la víctima podría, dependiendo del sistema jurídico, constituirse en parte civil en el marco del proceso penal (modelo francés) u obtener la reparación de su daño ante el juez civil. Los dos modelos tienen un punto en común: la víctima de una infracción juega un papel secundario y sus intereses se limitan a la indemnización del daño.

Las tendencias dominantes en la actualidad dentro del campo de la lucha contra la criminalidad, tales como la lucha contra el tráfico de droga, el crimen organizado, el fraude y la corrupción, justifican no sólo un número importante de nuevos medios sino también de nuevas sanciones.

El creciente arsenal de posibilidades procesales (penales) en el nivel de la investigación orientada hacia el patrimonio criminal, su embargo y confiscación<sup>2</sup>, constituye uno de los instrumentos más importantes. Ya pasó la época en la que la confiscación sólo jugaba un papel importante en el seno de la legislación aduanera. Parece que, bajo la influencia del modelo norteamericano, la confiscación<sup>3</sup> de los patrimonios criminales adquiere una posición relevante, no sólo como medio, sino también como sanción independiente<sup>4</sup>. El acento se ha desplazado de la confiscación de objetos a fin de conservar pruebas, hacia las sanciones de confiscación a fin de obtener la propiedad de los bienes en cuanto tales. Esta influencia de los Estados Unidos no se hace sentir de forma directa, sino indirectamente; influye en todo tipo de normas internacionales y europeas, fundadas igualmente sobre una política orientada hacia los patrimonios criminales. A este respecto me vienen a la cabeza la Convención de las Naciones Unidas de Viena<sup>5</sup>, la Convención de Estrasburgo<sup>6</sup> y la Directiva europea en materia de blanqueo<sup>7</sup>. Estas fuentes internacionales y europeas no son impuestas por los Estados Unidos, sino que dejan a los Estados libertad de elección en cuanto al con-

1. Traducción de María José Lazo López (Catedrática de IES de Lengua Francesa) y Fernando Moreno Moreno (Becario de colaboración. Universidad de Huelva).

2. Junto a esto, se han creado nuevas incriminaciones, se han extendido los elementos materiales de las incriminaciones existentes, se han reducido los elementos jurídicos y se ha aumentado el *quantum* de la pena. Los órganos de salvaguarda han recibido igualmente nuevas competencias de investigación (investigación proactiva).

3. Utilizo aquí a sabiendas los términos generales de embargo y confiscación porque la nomenclatura varía de un país a otro. Una distinción clásica en esta materia es la que existe entre embargo-confiscación del instrumento con el que la infracción ha sido cometida (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objectum sceleris*) y de los beneficios del delito (*productum sceleris*). Este reparto tiene un valor relativo, ya que las fronteras no siempre están tan claras. Ver J.J.E. SCHUTE, *Ter vergroting van de afpakkans*, Oratie, Arnhem, 1990.

4. Efectivamente, se puede hacer un paralelismo con el contenido de otras formas de sanción, como las multas administrativas (*civil penalties*) que, son impuestas por el juez tanto en los EEUU como en el continente europeo, y también cada vez más en los EEUU por la propia administración.

5. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, Viena 1988.

6. Convención del Consejo de Europa relativa al blanqueo, identificación, al embargo y de confiscación de los productos del crimen. Estrasburgo 1990.

7. Directiva 91/308/CEE para prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DO 1991, L 166.

tenido procesal de las sanciones de confiscación. Este contenido no se basa en una pura operación técnica, sino que resulta paralelamente de las competencias procesales y por el *ius puniendi* del Estado.

En resumen, los principios fundamentales del Derecho (procesal) penal están expuestos a una dura prueba<sup>8</sup>. Las sanciones de confiscación se refieren con frecuencia no sólo a los hechos tenidos expresamente en cuenta, sino también a hechos similares. Además, a menudo se trata de una cuestión de carga de la prueba, consistente en tener suficientes indicios o hacerlos más plausibles; en lo relativo al origen legítimo de los bienes o de los valores se invierte la carga de la prueba. El embargo-confiscación está, desde un punto de vista procesal, fuertemente orientado hacia el objeto (*in rem*); la relación con la persona (*ad personam*) y el hecho penal (*mens rea-actus reus*), a menudo se reducen al mínimo. Esto, vale tanto para el autor como para los terceros. Para terminar, el proceso de confiscación está en muchos países separado del proceso penal propiamente dicho; es cuestión por lo tanto de un proceso en dos fases, en el seno o no del proceso penal. La reglamentación holandesa sobre confiscación de los beneficios patrimoniales derivados de infracciones<sup>9</sup> conocida popularmente como *Plukze* y la Ley sobre la confiscación del patrimonio criminal (*Wet confiscatie crimineel vermogen*)<sup>10</sup>, que aún no ha salido a la luz, son dos excelentes ejemplos de esta temática.

El embargo y la confiscación pueden revestir numerosas formas. Una clasificación tradicional en la materia distingue entre el embargo-confiscación de los instrumentos con los cuales ha sido cometida la infracción (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objectum sceleris*) y de los beneficios del delito (*productum sceleris*). Esta distribución presenta, sin embargo, un valor relativo, ya que las fronteras entre *instrumentum sceleris*, *objectum sceleris* y *productum sceleris* no están siempre tan claras<sup>11</sup>. Me gustaría ilustrar y analizar la manera y la medida en la que las tres formas de embargo-confiscación han sido adoptadas, al mismo tiempo que los fundamentos del Derecho (procesal) penal y del Estado de Derecho, basándose en la jurisprudencia del TEDH. Está claro

que las competencias de confiscación y de sanciones pueden ser muy efectivas en lo que se refiere a esta lucha contra la criminalidad, pero ¿son de la misma manera respetuosas con las condiciones de protección de los derechos del hombre, tal y como han sido establecidas por el TEDH?. Partiremos del análisis de un caso de embargo-confiscación de un avión de Air-Canadá (*instrumentum*). Abordaremos luego un tráfico de piezas de oro (*objectum*) y por último la confiscación de un patrimonio relacionado con la droga (*productum*).

## 2. El embargo-confiscación: la jurisprudencia del TEDH

2.1 *El asunto Air Canadá c. el Reino Unido, TEDH, 5 de mayo 1995*

### • Hechos y procedimiento en el Reino Unido

El 1 de mayo de 1987, *Her Majesty's Customs and Excise* (las Aduanas) embargó un avión de Air Canada<sup>12</sup>, conforme a las secciones 139 y 141 de la Ley sobre la Administración de la Aduana [*Custom and Excise Management Act* (CEMA 1979)]. El hecho de que cientos de pasajeros estuvieran en ese momento listos para subir a bordo, no modificó en nada el problema. Unos días antes se habían encontrado 331 kg. de resina de cannabis en el depósito de equipaje del avión. El avión fue restituido el mismo día no sin haberse exigido previamente a Air Canadá el pago de la suma de 50.000 libras esterlinas en base de la sección 152 de la CEMA<sup>13</sup> y normativa de desarrollo (párrafo 16 *Schedule 3 Provisions relating to forfeiture*). Habría que mencionar que este incidente era el último de una serie. Entre 1983 y 1987, la Aduana constató la existencia de fallos en el sistema de seguridad de Air Canadá, lo cual permitió en diversas ocasiones la entrada de drogas ilegales en el Reino Unido.

Air Canadá fue informada de este fallo y de que se encontraba bajo vigilancia. Air Canadá presentó una demanda y expuso que el avión no podía ser embargado, ya que no era susceptible de ser objeto de una confiscación. La Aduana emprendió

8. Ver sobre la materia M.S. GROENHUIJSEN, *Het juridisch tekort in het strafrecht*, Nederlands Juristenblad, 1996, 1527.

9. Ley de 10 diciembre 1992, Stb. 1993, núm. 11.

10. Chambres des Députés 1993-1994, 23407, 1-3. Ver J. BROEKHUIZEN E I. SCHMONHL, *Een nieuwe "in rem" procedure? Balanceren op de grens van straf- en privaatrecht*, Ars Aequi, 1995, 484.

11. J.J.E. SCHUTTE, *Ter vergroting van de afpakkans*, Oratie, Arnhem, 1990.

12. Sección 139 (1): "Cualquier cosa susceptible de confiscación de acuerdo con la Ley de Aduanas, puede ser incautada o detenida por cualquier oficial o miembro de las Fuerzas armadas de su majestad o de la guardia costera". Sección 141 (1): "Sin perjuicio de cualquier otra previsión de la Ley de Aduanas de 1979: (a) cualquier barco, avión (...)"..

13. La Sección 152 contempla la posibilidad de que la Administración Aduanera embargue los bienes susceptibles de ser confiscados conforme a la Ley de Administración de Aduanas, así como la de reintegrar estos bienes, imponiendo en su caso una fianza nunca superior al valor del bien, teniendo en cuenta las cargas que lo gravan.

un proceso ante el Tribunal de Instancia, la *High Court*, con el fin de ejecutar la confiscación (*instrumentum sceleris*). La Aduana mantiene el punto de vista según el cual el avión, en el momento del embargo, podía ser confiscado. Air Canadá, en su defensa, invoca dos excepciones. Primero, que la sociedad ignoraba que había cannabis a bordo, y que tampoco se había mostrado negligente por no descubrirlo y, segundo que, en cualquier caso, no habría podido empleando una "diligencia razonable" descubrir el cannabis a bordo o impedir su introducción. El juez Tucker en su fallo, llega a la conclusión de que el avión, efectivamente, no podía ser confiscado, y que los denunciantes, de todas maneras, disponían de excepciones de defensa como "la ignorancia" y "el control razonable". Fundamenta Tucker que, además la carga de la prueba incumbe a la Aduana, la cual debe probar que Air Canadá sabía o debería saber (dolo o culpa) que la resina de cannabis estaba a bordo del avión o que el avión no efectuaba vuelo regular o reglamentario (que no era el caso). En resumen, la prueba del elemento subjetivo (*mens rea*) es importante en lo que se refiere a la sanción de confiscación, sin que intervenga para nada la responsabilidad objetiva (*strict liability*).

La Aduana interpuso apelación que le fue admitida por el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*), cuyo fallo se opone diametralmente al pronunciado en primera instancia. El Magistrado Ponente (*Lord Justice Purchas*) afirma que: "La dicción del artículo 141 es, desde mi punto de vista, clara y precisa y no permite excepcionar la falta de concurrencia de un elemento equivalente a la *mens rea* (intención criminal) ni tampoco exige que se trate del usuario, propietario o dueño, sino que la confiscación de la mercancía se centra exclusivamente en el bien usado para la comisión del delito (...)".

El argumento de Air Canadá según el cual la sección 141 debe, bien por su forma o al menos por sus efectos, ser calificada como sanción penal, ha sido rechazado por el Tribunal de Apelación. El Magistrado Ponente se muestra prudente en su

formulación: "A mi juicio, la respuesta a esta argumentación, lo cual demuestra su carácter de falacia, es que el procedimiento invocado como resultado de los artículos 141, 139 y *Schedule 3* es, por su descripción, un procedimiento civil. Aunque si todas las cuestiones apuntaran lo contrario, nada impediría atribuirle una naturaleza criminal. El tenor literal no es necesariamente definitivo, aunque el proceso ante los Tribunales Civiles recogido en el *Schedule 3* debe tener un peso considerable". Invocando jurisprudencia, llega a la firme convicción de que la sección 141 prevé un proceso *in rem* al encuentro del *instrumentum sceleris*. El elemento subjetivo del consumidor, del propietario o del poseedor no juega ningún papel. La constatación y la prueba de la intención, de la culpa o de la negligencia de Air Canadá son independientes del embargo-confiscación. En razón del carácter "*in rem*" no se trata de una prescripción penal o de una sanción penal. El Tribunal de Apelación reitera en consecuencia la confiscación del avión, lo que significa *de facto* -dado que el avión había sido devuelto contra el pago de una suma de dinero- la confiscación de esta suma de dinero.

• El procedimiento del CEDH (ComEDH/TEDH)<sup>14</sup>

En la demanda dirigida a la ComEDH, Air Canadá invoca la violación del artículo 1 del Protocolo I (derecho de la propiedad)<sup>15</sup> y del artículo 6 (1). La ComEDH<sup>16</sup> resta importancia al embargo y centra su atención principalmente sobre las 50.000 libras, cantidad que juzgaba compatible con el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo I. En consecuencia y reenviando a la jurisprudencia anterior<sup>17</sup>, no considera que la sanción de confiscación participe del concepto de persecución penal. En lo que se refiere a los derechos y deberes civiles basta con la constatación de que el denunciante no ha agotado todas las vías de recursos contra la imposición de la multa pecuniaria. La decisión se tomó por una pequeña mayoría, con 5 votos disidentes. Los magistrados Trechsel, Liddy y Marxer hablan de

14. Se refiere al procedimiento instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, bien ante la Comisión Europea de Derechos Humanos o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (N.B.).

15. Art. 1: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. 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. Las disposiciones precedentes se entienden 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 general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas" (sic, B.O.E. 12 en.1991).

16. Informe del 30 nov. 1993.

17. Asunto Raimondo c. Italia, Informe 21-10-92 y asunto Agosi (ver *infra*). Entre tanto, ha recaído sentencia en el asunto Raimondo c. Italia (22-2-94). No comprendo como la ComEDH puede basarse en el asunto Raimondo, pues ni ella ni el TEDH invocan violación del art. 1 del Protocolo I, porque la confiscación, tras la apelación de Raimondo, no tuvo nunca como consecuencia una cesión de propiedad. Por lo que se refiere al art. 6, tanto la ComEDH como el TEDH establecen, en el asunto Raimondo, que sólo la duración del proceso era objeto de la reclamación, pero el TEDH confirma la visión de la ComEDH en el pfo. 41: "(...) En cuanto a la confiscación, cabe señalar que el art. 6 se aplica a toda acción que tenga un objeto patrimonial y que se funde sobre un daño alegado a los derechos patrimoniales".

una multa disfrazada de embargo-confiscación y, en consecuencia, de una "acusación en materia penal" en el sentido del artículo 6 (1). Otros constatan su incompatibilidad con los derechos y deberes civiles o con el artículo 1 del Protocolo I.

En todo caso las opiniones disidentes no nos resultan especialmente útiles, puesto que el TEDH llega a las mismas conclusiones que la ComEDH. Según el TEDH, el embargo no significa la cesión de la propiedad, sino que supone una limitación temporal del uso, con el propósito de evitar que algún avión sea utilizado, entre otras cosas, para introducir drogas prohibidas en el Reino Unido. La confiscación tampoco constituye cesión de propiedad dado que ésta se refiere sólo a la suma de dinero pagada y no al avión mismo. Queda por verificar si la confiscación de la suma es compatible con las excepciones previstas en el artículo 1º, párrafo 2 y 3 del Protocolo I. La ComEDH señala que las competencias de la Aduana en el Reino Unido son muy extensas. En este asunto sin embargo, se ha procedido a tomar medidas excepcionales, sólo después de haber constatado diversas infracciones y siempre con la finalidad de luchar contra el tráfico internacional de drogas. Air Canadá disponía además de una vía de recurso ante el juez nacional con el fin de hacer examinar la aplicación razonable de las competencias discrecionales de la Aduana. Aún cuando, en este procedimiento de apelación no pueden reexaminarse los méritos del litigio, según el TEDH, y dada la jurisprudencia anterior, este procedimiento cumple con las exigencias del artículo 1º, párrafo 2º. Incumbe al juez nacional decidir si la competencia discrecional de la Aduana ha sido aplicada de manera ilegal por constituir un acto ilegítimo o estar afectada de irregularidades procedimentales. Efectivamente, el procedimiento nacional exige que el examen del ejercicio de competencias atienda, sobre todo, a la racionalidad del mismo. En consecuencia, el TEDH concluyó que, dada la gran cantidad de cannabis, su valor en la calle y el del avión embargado, la exigencia del pago de una suma de 50.000 libras no era desproporcionada a la finalidad perseguida, a saber, el interés general en la lucha contra la importación de droga ilegal en el Reino Unido. Por estas razones, el TEDH afirma que, teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados miembros, el Reino Unido realizó una evaluación razonable de los intereses en juego y no ha violado el artículo 1º del Protocolo I.

Por lo que se refiere al artículo 6 (1), Air Canadá mantuvo que se le ha impuesto una sanción penal, en concreto una multa penal, considerando

que ni la confiscación ni la posibilidad teórica del recurso de apelación satisfacen las condiciones de dicho precepto. ¿Se trata realmente de una acusación penal? El TEDH emite un juicio negativo y sigue la línea del Tribunal de Apelación: se trata de un procedimiento "in rem". El TEDH resalta que no son procedimientos o disposiciones penales en el sentido formal y que no hay amenaza de un procedimiento penal en caso de impago de la suma de dinero<sup>18</sup>. A título subsidiario, Air Canadá invocó que, tanto el embargo del avión como la multa, son decisiones que recaen sobre los derechos y deberes civiles de la sociedad, contra las que no cabe ningún recurso ante una instancia judicial, contrariando al artículo 6 (1). El TEDH, en cambio, dice que quedó establecido sin discusión que los derechos y deberes civiles de la sociedad fueron tenidos en cuenta en el procedimiento. En lo referente al embargo, la Aduana debe recurrir al juez para ejecutar la confiscación. En el caso en cuestión es esto lo que se ha producido y las partes han consentido en que el procedimiento se limite a las cuestiones jurídicas (y no a las fácticas) del litigio. Según el TEDH, se han satisfecho así los requisitos del artículo 6 (1). En lo que concierne al pago de la suma de dinero, Air Canadá pudo emprender en el Reino Unido un procedimiento en el cual habría tenido la oportunidad de cuestionar los argumentos fácticos relativos al ejercicio de esta competencia. Dado que Air Canadá no hizo uso de este procedimiento, el TEDH no se considera obligado a examinar "in abstracto" el procedimiento bajo el ángulo del artículo 6 (1). El TEDH concluye en definitiva que no hay violación del mismo.

La sentencia del TEDH suscita muchas dudas, como lo demuestran que cuatro de los magistrados que lo integran emitieron en sus votos disidentes opiniones muy críticas. Walsh sostiene que se trata de una persecución penal. Ya en el asunto Oezturk c. Alemania, el TEDH había subrayado la autonomía del concepto de acusación en materia penal del artículo 6. Los elementos que juegan algún papel en este asunto son la naturaleza y la gravedad de la sanción infligida al interesado. A Air Canadá se le impuso una multa de 50.000 libras, en realidad, por hechos punibles cometidos por una o varias personas que le son desconocidas y con respecto a la que no tiene ninguna responsabilidad. En consecuencia, la condena fue calificada de decisión "in rem" y sin embargo, la sanción infligida "ad personam". Walsh por lo tanto entiende que hay violación tanto del artículo 1º, Protocolo I como del artículo 6. Pekkanen se fija sobre todo en las amplias competencias discrecionales de la Aduana que, en lo referente al embar-

18. Asunto Deweer c. Bélgica, juicio 27 feb. 1980.

go y a las medidas que se derivan del mismo, son de hecho ilimitadas. Pekkanen se pregunta si este marco legal satisface la condición de "previsibilidad" tal y como es exigida por la jurisprudencia del TEDH. Considera que no es el caso, ya que en el marco de este tipo de amplias competencias discrecionales es necesario que el procedimiento de apelación corresponda a una instancia judicial dotada de plena competencia. El hecho de que en este caso la intervención judicial en el Reino Unido se limite a una actividad de control, significa que no se trata de una apelación y que hay incompatibilidad con el artículo 1º del Protocolo I y con el artículo 6.

Sin embargo, la opinión disidente más interesante proviene de Martens y de Russo. Ellos entienden que la confiscación no presenta en este caso carácter jurídico reparatorio, sino que está orientada hacia la sanción de un delito, en este caso el tráfico de drogas, con vistas a la prevención especial y general. Esta forma de confiscación debe estar claramente situada en el marco del Derecho penal, en tanto que *instrumentum sceleris*. Consecuentemente, Martens y Russo califican esta confiscación como necesaria para asegurar el pago de sanciones pecuniarias ("*penalties*") en los términos del artículo 1º, párrafo 2 del Protocolo I. Sin embargo la medida de la sección 141 (1) de la CEMA se diferencia desde dos puntos de vista del embargo y la confiscación del *instrumentum sceleris*: los elementos constitutivos que recaen sobre la intención o la culpa (*mens rea*) no juegan ningún papel; las personas, en su calidad de consumidores, de propietarios o de poseedores, no intervienen en el procedimiento. Esto no quita que tenga que haber sospecha de un hecho punible (tráfico) y que el embargo-confiscación está igualmente orientado hacia la prevención especial y general. El resultado es que al no ser autor el propietario o poseedor, etc..., del instrumento no puede defenderse en el Reino Unido contra la confiscación sobre la base de la excepción de inocencia (según la cual, razonablemente, no se podía saber o sospechar que el bien era utilizado como instrumento para cometer un delito). ¿Es este punto compatible con el artículo 1º, párrafo 1 del Protocolo I? De hecho, por una confiscación, que materialmente se asemeja a una sanción criminal, la carga de la prueba del elemento subjetivo debería incumbir a las autoridades. Martens y Russo aceptan este punto sabiendo que en Derecho aduanero se invierte la carga de la prueba<sup>19</sup>. Esto no significa, sin embargo, que la confiscación del patrimonio como conse-

cuencia de una violación del Derecho —cualquiera que sea la importancia de esta violación y el carácter forzoso que confiere el interés general a su prevención y a su sanción— sea compatible con el artículo 1º del Protocolo I cuando no existe ninguna relación entre el poseedor de los bienes o la persona responsable de ellos y el responsable la violación del Derecho. Este defecto, ¿puede atenuarse por el hecho de que la Aduana disponga de competencias discrecionales, sobre la base de la sección 152 y del párrafo 16 *Schedule 3*, para restituir el bien embargado contra el pago de una suma de dinero?. Martens y Russo responden negativamente, porque en un Estado de Derecho las restricciones al derecho de propiedad deben estar claramente determinadas en las leyes. Además, la competencia de la Aduana para restituir el bien es extremadamente discrecional. Incluso si la Aduana utilizó esta competencia razonablemente, Martens y Russo consideran que ello plantea un problema con respecto al artículo 6. En efecto, independientemente de la calificación jurídica que se confiere al sistema de sanción-confiscación (civil, administrativo o penal), la Aduana puede perseguir a la compañía aérea, sancionarla con una multa importante y obligarla al pago. En la jurisprudencia del TEDH se juzga compatible con el artículo 6 la atribución de este tipo de competencias a autoridades, a condición, eso sí, de que sea posible una vía de recurso. La vía de recurso prevista en el Reino Unido no es suficiente en esta materia, porque no todos los fundamentos jurídicos y de hecho del asunto pueden ser examinados. Así pues, Martens y Russo concluyen que existe violación del artículo 1º del Protocolo I y del artículo 6º (1).

#### • Conclusión

La sentencia del TEDH es francamente decepcionante. Al no colocar esta forma de confiscación bajo la protección jurídica del CEDH, se crea un peligroso precedente, y los Estados miembros son libres de substraer las sanciones de carácter patrimonial a las severas condiciones de la protección jurídica del Derecho penal y del CEDH. Se puede igualmente plantear la cuestión de si el TEDH ha fundamentado suficientemente su sentencia. En efecto, es sorprendente constatar que McFarlane, autor del comentario de la CEMA<sup>20</sup>, critique severamente la reglamentación del embargo y de la confiscación. Sus argumentos coinciden con los de Air Canadá y con las opiniones disidentes. Según McFarlane, el Comité *Keith* del Ministerio de

19. Ver asunto Salabiaku c. Francia, S. 7 oct. 1988 y el asunto Pham Hoang c. Francia, S. 25 sept. 1992

20. G. MCFARLANE, *Customs and Excise Law and Practice*, Londres, 1993; ver igualmente MITCHELL, A.R., HINTON, M.G., TAYLOR, S.M.E., *Confiscation*, Londres, 1992.

Hacienda<sup>21</sup> había formulado recomendaciones para completar las previsiones legales con relación a la competencia discrecional de la Aduana y para prever un procedimiento de apelación eficaz. A este respecto, el Comité *Keith* pensaba en un sistema objetivo de sanciones administrativas ("*civil penalties*"), como el que existe en el Reino Unido para el IVA. La Aduana se mostró hostil a este sistema. Igualmente, el Comité *Keith* era partidario de que las decisiones departamentales pudieran ser examinadas por los tribunales. Si estas recomendaciones hubieran sido seguidas, dice McFarlane, el procedimiento que implicó a Air Canadá se habría podido evitar. Su conclusión es incisiva: "La situación es generalmente insatisfactoria. Así los Inspectores, sin ningún tipo de juicio o sin considerar pruebas, pueden imponer por sí mismos una multa con base a hechos que ellos alegan, juzgan y contra los que no hay posibilidad de recurrir. Esto podría ser contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos"<sup>22</sup>. El TEDH ha puesto claramente por delante la idea de efectividad.

Los magistrados Martens y Russo, en su voto disidente, se muestran muy conscientes de los efectos de esta sentencia para las restricciones de los derechos patrimoniales resultantes de consecuencias jurídicas de hechos punibles, e igualmente para la reintegración de la ventaja indebidamente adquirida. Y es por todo esto que se oponen claramente a la sentencia del TEDH en el asunto AGOSI.

2.2 Caso *Agosi c. el Reino Unido*, TEDH, 24 de octubre de 1986

### • Hechos y procedimiento en el Reino Unido

La empresa Agosi vende en Alemania piezas de oro (*krüggerrands*) a X y a Y. Estos últimos pagan, un sábado, mediante un cheque. En el contrato se estipula que Agosi seguirá siendo propietaria hasta el momento del pago definitivo. En el momento del cobro no había fondos para hacer efectivo el cheque. Mientras tanto, X e Y en posesión de las piezas de oro partieron en coche hacia el Reino Unido. Por aquella época, para la importación de piezas de oro el Reino Unido exigía una autorización y además debían pagarse unos impuestos. La Aduana en Douvres constata la importación ilegal, embarga el coche y las piezas de oro y persigue judicialmente a X e Y por contrabando. Agosi ofrece a la Aduana su colaboración, e interviene también como testigo. Después del desarrollo del proceso penal, la empresa quiere recuperar, en tanto que propietaria, las piezas de oro embargadas. La

Aduana no aceptó esta demanda. En los procedimientos de recuperación ante el Tribunal de Instancia y el de Apelación no se da la razón a Agosi y se produce la confiscación de las piezas de oro (*objectum sceleris*) en base a la sección 44 de la Ley de Aduanas de 1952. La inocencia del propietario no juega ningún papel y la Aduana dispone de amplias competencias discrecionales con vistas a embargar y requerir la confiscación sobre la base de la sección 44 del CEMA. El juez examina únicamente si el bien es susceptible de ser confiscado. No hay ninguna obligación jurídica de restituir los bienes, ni siquiera al propietario legítimo que no está implicado en el asunto penal.

### • El procedimiento instaurado por el CEDH (Com. E DH/TEDH)

En su Informe<sup>23</sup>, la ComEDH resuelve que el embargo y la confiscación deben ser considerados como un elemento constitutivo e integrante del procedimiento penal y que el derecho de propiedad puede, en consecuencia, estar sometido a restricciones justificadas (art. 1º, pfo. 2 del Protocolo I). ¿Se aplica esto igualmente cuando el propietario de los bienes no es el autor de la infracción, sino un tercero?. La ComEDH considera que, en tal situación, el propietario dispone de una vía de recurso para probar su inocencia y recuperar sus bienes. El Reino Unido no ha podido fundamentar la existencia, legal o con ejemplos, de procedimientos de revisión de las decisiones de la Aduana -recurso de nulidad (*certiorari*) u otras formas de revisión judicial-. La ausencia de una vía de recursos lleva a la Comisión a decidirse por una violación del artículo 1º del Protocolo I. En su opinión disidente, los magistrados Melchior y Soyer muestran su preferencia por un procedimiento de apelación específico que reconozca los intereses de terceros, sin que esto signifique que no exista en el Reino Unido ninguna posibilidad de atacar ante el Tribunal de Instancia, el de Apelación y el Tribunal Supremo (*House of Lords*), la decisión de confiscación de la Aduana. En estos casos se aplican las reglas normales de Derecho administrativo, de modo que estos Tribunales podrían conocer acerca de la protección del "propietario inocente" en sus sentencias, examinando el carácter razonable y la proporcionalidad de la medida. Así podría haberse analizado si Agosi tomó suficientes precauciones y si se le podía reprochar una actitud negligente (aceptación de un cheque en sábado).

21. Keith Committee on the Enforcement Powers of the Revenue Departments, 1985, volumen 4, Cmnd 9440.

22. G. MCFARLANE, o.c., p. 120-121.

23. Informe del 11 oct. 1984.

El TEDH mantiene, contrariamente a la ComEDH, que en este asunto el interés del propietario —el derecho de propiedad contenido en el artículo 1° (1), Protocolo I— se ha tomado suficientemente en consideración con relación al interés del Estado y que Agosi disponía también, en el Derecho inglés, de un procedimiento adecuado. El TEDH tiene en cuenta el interés del Estado contenido en la reglamentación del uso de la propiedad, y no en la imposición de impuestos o de sanciones pecuniarias. En cuanto a la defensa de los abogados, según los cuales Agosi ha sido objeto de una acusación en materia penal en el sentido del artículo 6° (2), el Tribunal responde que el procedimiento penal se dirigió sólo contra los contrabandistas y no contra Agosi, sin que la afectación de los derechos patrimoniales de Agosi por las medidas tomadas a raíz de los actos de los contrabandistas, en este caso la confiscación, conlleve su necesario encuadramiento bajo el concepto de acusación penal. El TEDH no ve ninguna razón para examinar de nuevo el asunto desde el ángulo de su compatibilidad con el artículo 6° (1), en cuanto se refiere a los derechos y obligaciones civiles, dado que los abogados no habían planteado este punto como argumentación.

Algunos magistrados dejan ver claramente en sus opiniones disidentes, que hay en este asunto una violación de los derechos y obligaciones civiles de Agosi, y en consecuencia, una violación del artículo 6° (1). El magistrado Petiti piensa además que la confiscación ya no era necesaria para la satisfacción del interés estatal y que las competencias de la Aduana en la materia presentan un carácter demasiado discrecional. Si la Aduana hubiera perseguido a Agosi en el plano penal como cómplice, Agosi habría tenido derecho a un proceso justo en el sentido del artículo 6°, CEDH. No siendo este el caso, resulta extraño no haberle ofrecido a Agosi, por lo menos, la protección del artículo 6° (1). Efectivamente, Petiti dice que la confiscación es una sanción administrativa infligida por la Aduana sin culpa alguna por parte de Agosi y que “el artículo 6° (1) implica claramente que no cabría, con la excusa de transferencias de competencias y calificaciones, privar al justiciable de las garantías normales que corresponden al objeto del procedimiento. La sentencia Oezturk del TEDH va en esta línea. El Estado cuya organización judicial no permite actuar contra una persona, no puede privar a ésta de las garantías del artículo 6° so pretexto de que no se trataba de un proceso penal y al mismo tiempo, obstaculizar el proceso civil”.

• Conclusión

Vemos de nuevo otro caso en el que los jueces de la ComEDH y del TEDH están divididos en sus consideraciones respecto de esta problemática fundamental y que la sentencia del TEDH se basa

en frágiles argumentos a la luz de los puntos de vista expuestos ante la ComEDH y el TEDH. No es pues asombroso que Martens y Russo se distancien bastante de la sentencia del TEDH. Ellos sostienen que tanto la confiscación del *objectum sceleris* (las piezas de oro) como el del *instrumentum sceleris* (el avión) deben ser consideradas como sanciones en el sentido del artículo 1° (2) del Protocolo I. En todo caso, ellos se pronuncian contra del fallo del TEDH en el asunto Agosi, pero entienden que el razonamiento del TEDH en el tema del *objectum sceleris* no puede ser utilizado en ningún caso para el *instrumentum sceleris*.

En su opinión disidente, Martens y Russo remiten, sólo accesoriamente, a un tercer caso que ellos habrían podido, a mi juicio, implicar de manera más sustancial.

2.3 Asunto Welch c. el Reino Unido, TEDH, 9 de febrero de 1995

• Hechos y procedimiento en el Reino Unido

El Sr. Welch importa, en 1986, grandes cantidades de cannabis al Reino Unido. Es condenado en primera instancia por el Tribunal de Instancia (*Crown Court*) a una pena de prisión de 22 años. Además, se le impone una sanción por las ganancias ilícitamente obtenidas (*confiscation order*), que se eleva a 66.914 libras o a dos años de prisión subsidiaria, sobre la base de la *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 (DTOA). En apelación el Tribunal de Apelación reduce la pena de prisión a 20 años y la “*confiscation order*” a 59.914 libras. Los hechos son, en el caso en litigio, anteriores a la entrada en vigor de la DTOA (enero 1987). La Ley establece, no obstante, una presunción de que los bienes o el dinero transmitido en los seis años anteriores a la acusación penal en su contra, son patrimonio criminal, salvo que el procesado aporte prueba en contrario. Puede limitarse a mostrar que probablemente no existe relación (*the balance of probabilities*) entre los delitos de droga y su patrimonio, no exigiéndose una carga de la prueba, más allá de la duda razonable, “*beyond a reasonable doubt*”. Por lo que respecta a la situación transitoria, es suficiente con que el procedimiento penal se haya iniciado después de la entrada en vigor de la Ley. El juez tiene, basándose en la DTOA, amplias competencias discrecionales en cuanto a la determinación del patrimonio criminal. Puede, por ejemplo, tener en cuenta el grado de responsabilidad del autor. Es el caso típico en el marco de las asociaciones criminales, donde hay diversos grados de participación. En el Reino Unido los jueces están divididos en cuanto la naturaleza jurídica de esta “*confiscation order*”. Una minoría sostiene que se trata de una medida reparatoria; la mayoría entiende, sin embargo, que se trata de sanciones punitivas.

- El Procedimiento del CEDH (ComEDH/TEDH).

Welch invoca en Estrasburgo la violación del artículo 6° (en lo relativo a las restricciones a la audiencia pública), y del artículo 7° CEDH. La ComEDH<sup>24</sup> declara inadmisibile la demanda fundada en el artículo 6°. En lo concerniente al artículo 7°, Welch dice que el patrimonio ha sido confiscado atendiendo a una legislación que entró en vigor después de los hechos y que es aplicada con efecto retroactivo. El artículo 7° (1), párrafo 2 declara: "...no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida". La cuestión es pues, saber si la "confiscation order" puede ser considerada como una pena, en el sentido de dicho precepto. La ComEDH no valora la gravedad de la sanción como un argumento suficiente para considerar la confiscación como una pena. Consecuentemente, la "confiscation order" tiene un carácter reparatorio y preventivo. La ComEDH sigue de esta manera el razonamiento que había aplicado en el asunto M. c. Italia (núm. 12386, déc. 15.04.91), en el que se ventilaba el problema de una confiscación administrativa por parte de las autoridades italianas independiente de un procedimiento y de una condena penal. Según la ComEDH, se trata de una medida reparatoria y preventiva. El hecho de que, en el caso Welch, la confiscación haya tenido lugar en el marco del proceso penal no constituye, para la ComEDH, un argumento suficiente para que constituya una pena. En el momento de la decisión, la ComEDH llegó al *ex æquo* de los votos. El voto de calidad del presidente inclinó la balanza a favor de la ausencia de violación: se trata de una medida reparatoria y preventiva. No es pues sorprendente que seis jueces expresen su opinión disidente, entendiendo que la relación con el proceso penal y el efecto punitivo de la medida, que sobrepasa del carácter reparatorio y preventivo, constituyen argumentos suficientes para concluir que se trata de una sanción penal.

Ante el TEDH, el gobierno subraya de nuevo que la "confiscation order" tiene una doble función: 1) retirar los ingresos obtenidos por el tráfico de droga y 2) evitar la utilización de estos ingresos. Esta medida tiene un fin reparatorio y preventivo y no aspira a infligir una sanción. La existencia de una condena penal por tráfico de droga no es más que el presupuesto, sin embargo a la hora de dictar la "confiscation order" el tribunal no está vinculado por la acusación previa. Así la confiscación puede extenderse a patrimonios provenientes de otros delitos de droga. El gobierno añade que el hecho de que se pueda infligir una

pena de prisión subsidiaria no es tampoco un argumento concluyente, porque muchos "orders" no penales son obtenidos a partir de sanciones penales, sin que por ello los "orders" deban ser calificados de sanción penal.

El TEDH establece que, la eventual calificación de la medida de confiscación como pena, en relación con el artículo 7°, se resolverá examinando de manera autónoma los siguientes criterios: que la medida se imponga después de la acusación de una infracción; la naturaleza y la finalidad de la medida; su calificación y los procedimientos en el Derecho interno, así como la gravedad de la medida. El TEDH constata que en este caso la acusación de tráfico de droga constituye una condición indispensable. Pero, no tiene en cuenta el hecho de que la medida de confiscación pueda extenderse a otros patrimonios. Por otra parte, la gravedad de la medida no es por sí suficiente para calificarla de sanción penal, y sin embargo, el hecho de que quepa confiscar otros patrimonios distintos a los obtenidos por la infracción puede tener, junto al carácter reparatorio y preventivo, un carácter punitivo. Se deduce así que son los productos del crimen los que son confiscados, no las ganancias, es decir, los ingresos brutos y no los beneficios. Además hay que tener en cuenta el hecho de que el juez dispone de amplias competencias discrecionales en el momento de la determinación del patrimonio criminal, y que puede, en este marco, valorar el grado de responsabilidad e infligir una pena de prisión importante. Todo esto lleva al TEDH a considerar unánimemente la existencia de una sanción penal y la incompatibilidad con el artículo 7°, que prohíbe el efecto retroactivo de las sanciones.

- Conclusión

Con esta sentencia no se pone en entredicho la legitimidad de la medida de confiscación infligida por los tribunales penales en general, pero indica que estas consecuencias jurídicas de carácter patrimonial impuestas como consecuencia de violaciones punibles del Derecho revisten un carácter punitivo.

Aunque los criterios definitorios de la sanción penal a efectos del artículo 7° CEDH no tienen que ser idénticos con los de la acusación en materia penal del artículo 6° CEDH, parece sin embargo evidente que, en este marco, tienden a la unidad<sup>25</sup>. A pesar de ello, la ComEDH y el TEDH no han conseguido trazar claramente la línea de una protección jurídica mínima en caso de afectación patrimonial como consecuencia o en el ámbito del

24. Informe del 15 oct. 1993.

25. P. VAN DIJK Y G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Deventer, 1990, p. 364.



Derecho penal. Constituye un débil balance que en este campo se recurra a los procedimientos de Derecho administrativo o civil, en el marco o no del procedimiento penal. Las instancias CEDH no han conseguido siempre frenar la sustitución de la aproximación "ad personam" por una aproximación "in rem" en la lucha procedimental contra los bienes o patrimonios utilizados u obtenidos mediante infracciones. Hace ya tiempo que se debería haber trazado una frontera mínima respecto del elemento subjetivo, de manera que, en caso de inversión de la carga de la prueba, el interesado pueda hacer plausible (lo cual no quiere decir demostrar) que, razonablemente, él no habría podido impedir el hecho (obligación de esfuerzo ligado a las obligaciones de cuidado). De este modo, se rehabilitaría de nuevo la presunción de inocencia, como procede en caso de sanciones punitivas.

### 3. Significación para el procedimiento penal holandés

Es asombroso que la jurisprudencia citada se refiera casi exclusivamente al Reino Unido y esté ligada al Derecho aduanero o a las competencias en materia de aduanas. Y sin embargo, esta problemática no es desconocida en otros países europeos. La legislación aduanera francesa califica a la confiscación como una sanción que concierne al objeto, y no al autor ("in rem"). Pero el legislador ha tenido la inteligencia de proteger, en ciertos casos, la posición de terceros. En particular, cuando se trata de medios de transporte como barcos y aviones tiene que haber, para que se decrete el embargo y la confiscación, una intervención penalmente relevante del propietario del medio de transporte<sup>26</sup>. La consecuencia jurídica de carácter patrimonial impuesta por hechos punibles, conoce también en un cierto número de países, formas civiles<sup>27</sup> y administrativas, enmarcadas o no en el proceso penal<sup>28</sup>. En los Países Bajos, las posibilidades que ofrece el Derecho Penal para privar a alguien de sus bienes o de su patrimonio han sido ampliadas considerablemente por la *Wet vermo-*

*genssanctie* (Ley sobre las sanciones patrimoniales) de 1983<sup>29</sup> y la *Wet verruiming vermogenssancities* (Ley sobre la extensión de las sanciones patrimoniales) de 1993<sup>30</sup>.

Las multas que tienen como referente las ganancias procedentes de actividades delictivas ilícitas (*amendes d'écémage*) y las medidas de confiscación de los productos del crimen, se han convertido en conceptos corrientes. Igualmente, en los Países Bajos, el viejo principio según el cual, la confiscación sólo puede ser acordada si el acusado es condenado en razón de una infracción y sobre los objetos obtenidos ilícitamente – todos o al menos en gran parte – (como la confiscación prevista en el artículo 33, Sr/Código Penal § 1), ha sido abandonado como consecuencia de la introducción de la legislación sobre la confiscación de los productos del crimen. Esto no significa que se hayan introducido los procedimientos "in rem" y que la aproximación "ad personam" haya desaparecido. El procedimiento "in rem" en los Estados Unidos, la reglamentación italiana en materia de confiscación del patrimonio de la mafia y la confiscación francesa en su conjunto van incluso más lejos en esta dirección<sup>31</sup>. En los Países Bajos, no se ha elegido un embargo de naturaleza civil o administrativo, sino un embargo de naturaleza penal con características provenientes de estos otros órdenes. ¿De qué manera pueden limitarse los derechos patrimoniales en la persecución de una violación punible del Derecho?. El Código Penal no exige una sospecha en contra de una persona determinada. Esto es evidente ya que el embargo constituye un medio de apremio ejercido sobre los objetos. Pero el asunto debe situarse en el campo del Derecho Penal. Tiene que haber una sospecha de infracción<sup>32</sup>. Permítaseme ilustrar este punto a partir de la posición de terceros en caso de embargo-confiscación y de la posición del autor en caso de privación del beneficio.

La confiscación es uno de los objetivos del procedimiento penal de embargo (art. 94, C. proc. pen.). El artículo 118 b, Código procesal penal da la posibilidad al embargado y a otros interesados de pedir a la Fiscalía que le restituya un objeto que

26. Ver C.J. BERR Y H. TREMEAU, *Le Droit douanier*, París, 1988, p. 522 y ss.

27. Ver L.F. KEYSER-RINGNALDA, *Boef en buit. De ontneming van het wederrechtelijk verkregen vermogen*, 1994, p. 191, indicando que a pesar de todo la Corte Suprema de los Estados Unidos interpreta unánimemente la 8ª enmienda de la Constitución, que prohíben las sanciones desproporcionadas, en el sentido de exigir una relación entre la privación patrimonial y la entidad del hecho, incluso si esta se lleva a cabo mediante un procedimiento "in rem".

28. J.J.E. SCHUTTE, o.c.

29. Ley de 31 de marzo 1983, *Stb.* 153.

30. Ley de 10 diciembre 1992, *Stb.* 1992. Ver B.F. KEULEN, *MOT met de strafrecht*, TVVS, 1993, 281; D.R. DOORENBOS, *Het SFO, de ontnemingsprocedure en de rechtspositie van de onderzochte persoon. Koitwieken en kaalplukken*, *Advocatenblad*, 1994, p. 504 y M.S. GROENHUIJSEN Y D. VAN DER LANDEN, *De financiële aanpak van de georganiseerde criminaliteit*, NJB, 1995, p. 613.

31. Véase para una aproximación de Derecho comparado: BKA, *Gewinniabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten*, Wiesbaden, 1989; A. DESSECKER, *Gewinniabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg i. Br., 1992 y L.F. KEYSER-RINGNALDA, o.c.

32. G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, 1993, p. 420.

ha sido embargado sobre la base del artículo 94a del mismo Código (bajo garantía). Si el fiscal no lo hace, el embargado y el tercer propietario pueden igualmente, con toda la razón, interponer una demanda sobre la base del artículo 552a, C. proc. pen. con relación a la ausencia de una orden (condicional) de restitución<sup>33</sup>. La restitución no supone el perdón del embargado. En este procedimiento propio del Derecho administrativo la plaza del Ministerio público es ocupada por la Cámara del consejo<sup>34</sup>. Para ella, así como para la fiscalía, vale la regla principal del artículo 118, § 1, C. proc. pen.: restitución al embargado, o bien, sobre la base del artículo 118, § 1, C. proc. pen., a un tercero. Aunque no incumba al Ministerio Fiscal ni a la Cámara del consejo constatar las cuestiones jurídicas de Derecho civil, sí deben tener en cuenta la unidad del Derecho. Cuando las relaciones jurídicas de este tipo son claras, debe tomarse una decisión en conformidad, y si ésta no existe, prevalece la regla general del artículo 118, § 1, C. proc. pen.: la restitución al embargado. Esto se aplica igualmente cuando existe buena fe por parte del embargado. El artículo 3.11 del Código Civil juega aquí un papel; este artículo establece que no existe buena fe si el interesado debería conocer los hechos o el Derecho, incluso si, en caso de duda razonable, es imposible hacer una investigación. Por lo que respecta a la confiscación, resulta que, sobre la base del artículo 33a Sr, cabe incluso confiscar objetos que no pertenecen a la persona condenada, pero de los cuales tiene efectivo poder de disposición, aunque se trate de los objetos de un tercero propietario. A pesar de esto, se protege al tercero propietario de buena fe, al exigirse la prueba de que el tercero debía saber que el objeto había sido obtenido por medio de una infracción o había servido a la misma y que, razonablemente, debía sospechar que el objeto fue obtenido, utilizado o destinado a esta finalidad. Se trata, dice Keyser-Ringnalda, de la toma de conciencia del origen de los bienes o de su utilización en un contexto criminal, o del conocimiento que un "ciudadano normal" pudiera tener con toda lógica<sup>35</sup>. Está claro que el elemento subjetivo en la actua-

ción del tercer propietario sigue jugando un papel en el procedimiento de confiscación. En 1988, el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) decidió igualmente que la confiscación de un objeto no tiene como consecuencia que expiren los derechos profesionales limitados que con anterioridad estuvieran constituidos sobre este bien o los derechos de retención, a menos que sea de mala fe, lo cual debe ser probado por el juez (art. 33a sub f, § 1 et 3 Sr)<sup>36</sup>. Gracias al vínculo con el procedimiento penal, el procedimiento de demanda, eventualmente el procedimiento civil relativo al embargo y la carga de la prueba en el momento de la confiscación, la posición del tercero está correctamente reglada en el procedimiento penal holandés.

Por otra parte, existe un estadio preliminar al momento de la confiscación de los productos del crimen. De acuerdo con el artículo 94a, C. proc. pen. se puede acordar un embargo cautelar en caso de obligaciones de pago de cantidades de dinero al Estado, con el fin de garantizar una futura confiscación de los productos del crimen, a condición de que exista sospecha de infracción sancionable con multa de la quinta categoría (100.000 francos). No obstante, el embargo cautelar se utiliza con cierta prudencia por temor a demandas de reparación si, contra toda previsión, no llega a imponerse ninguna medida de confiscación. El autor y el tercero tienen los mismos derechos en el momento del embargo en garantía de la futura confiscación. Recientemente, el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) ha perfilado mejor la posición del tercero en esta materia.

El embargo de retención no puede imponerse sobre bienes inmobiliarios. El artículo 94a, C. proc. pen. tampoco permite imponer un embargo cautelar sobre los elementos patrimoniales de una persona jurídica sólo porque el sospechoso esté vinculado a ella<sup>37</sup>. Para la confiscación de los productos<sup>38</sup> de acuerdo con el artículo 36e, Sr., se exige, como requisito fundamental, la condena por una infracción. Pero la confiscación no se limita a los productos de esta infracción. Incluso los derivados de otros hechos que revelen la existencia de indicios suficientes de infracción criminal por

33. Como red de seguridad última, se señala el recurso de urgencia civil.

34. Q.J.M. CORSTENS, o.c. 27.

35. L.F. KEYSER-RINGNALDA, o.c. 27.

36. Corte Suprema de los Países Bajos, 13 de mayo 1988, NJ 1989, 201 Art. 33a Sr. (3): "Los derechos, tal y como están refrendados en el párrafo 1º, letra f (derechos profesionales sobre los derechos personales relacionados con objetos aludidos en las letras a hasta la c, ambas comprendidas), que no pertenezcan al condenado, no pueden ser confiscados salvo que su titular hubiera estado al corriente de su obtención por medio del hecho punible o de su uso o destino ilícito, o al menos, si hubiera podido sospechar razonablemente de esta obtención, de este uso o este destino".

37. A.A. FRANKEN Y D. VAN DER LANDEN, *Het financiële offensief tegen de criminaliteit: voordeelsontneming in de praktijk*, NJB, 1996, p. 679. Llamam la atención sobre el riesgo de que un procesado pueda escapar al embargo cautelar sencillamente poniendo elementos de su patrimonio a nombre de otro.

38. J. WÖRETSCHOFER, "Pluk-ze" - *Nieuwe mogelijkheden tot ontneming van crimineel vermogen*, in P.C. van Duyne, e.a., *Misdaadgeld*, 1993, p. 33.

parte del condenado o que hagan suponer que se ha enriquecido ilegalmente, pueden ser objeto de una confiscación (hechos análogos en el artículo 36, § 2 Sr., otros hechos en el artículo 36, § 3 Sr.). Únicamente para estos otros hechos es obligatoria una SFO<sup>39</sup> (investigación penal financiera).

En el procedimiento de confiscación y para determinar la entidad del beneficio obtenido indebidamente, sólo de forma restringida se puede aplicar el régimen legal de prueba característico al procedimiento penal holandés. El juez debe fundarse sobre medios de prueba legales, pero excepcionalmente puede aplicar un sistema de prueba libre, atendiendo a la fuerza probatoria de los medios utilizados. Por otra parte se establece el "reparto de la carga de la prueba entre el Ministerio Fiscal y el condenado", de modo que el juez resolverá ponderando las probabilidades planteadas<sup>40</sup>.

No se ha olvidado la relación con la persona del autor. En caso de *hechos análogos*, deben existir indicios demostrativos de su realización por el condenado; para *otros hechos*, basta con la posibilidad de que el condenado haya obtenido un beneficio ilegal de ellos. *De iure*, no hay inversión de la carga de la prueba o de la presunción de culpabilidad. *De facto*, en el régimen de prueba, influido por el Derecho Civil, sobre los hombros del autor recae una carga más importante, pues el carácter plausible del beneficio puede deducirse, por ejemplo, de que el condenado no se haya defendido, que su defensa no pueda verificarse o que sea totalmente inverosímil<sup>41</sup>. Sólo queda decir que el principio fundamental "no hay pena sin culpabilidad" sigue aplicándose y que la controvertida legislación acerca de la confiscación de los productos del crimen puede pasar el test del CEDH<sup>42</sup>.

¿Presenta sorpresas particulares la legislación aduanera holandesa?. En realidad no, porque le son de aplicación los principios inspiradores del Derecho (procesal) penal común. Tan sólo se reglamenta de forma más amplia las competencias de la Aduana. La legislación actual, la Ley General sobre Aduanas e Impuestos (AWDA), modificada por la Ley en materia de Aduanas, prevé, en su artículo 209, competencias de investigación previas

al embargo de los bienes y de los objetos, y supone una aplicación de los casos previstos en los artículos 95 y 96, C. proc. pen.; pero eso sí, en relación siempre a hechos incriminados en disposiciones legales. Incluso los aviones pueden ser embargados, pero deben cumplirse<sup>43</sup> formalidades especiales, como la inscripción del embargo, en caso de aviones holandeses, en el registro de las líneas aéreas. El artículo 729a (1) del Libro III del Código Civil excluye, por otra parte, la posibilidad del embargo de aviones que efectúen regularmente servicios de línea o aviones a punto de partir. El artículo 213 contempla la posibilidad del embargo de los vehículos manifiestamente preparados o equipados para sustraer los bienes al control oficial. La nueva Ley en materia de Aduana entró en vigor el 1 de junio de 1996. La competencia prevista en el artículo 213 se vuelve a plantear en el artículo 52. La competencia de investigación general en materia de embargo de bienes y de objetos del artículo 209 concuerda con el artículo 81 de la Ley general en materia de Impuestos (AWR).

#### 4. Las sanciones de confiscación y la cooperación internacional

En el marco de la lucha contra la droga y el blanqueo de capitales<sup>44</sup>, y bajo la influencia de la legislación internacional, son cada vez más frecuentes las sanciones de embargo y de confiscación en los sistemas jurídicos de los países europeos. En algunos países las formas jurídicas de privación del patrimonio obtenido indebidamente no se limitan al obtenido por delitos de drogas, sino que se extienden a una lista exhaustiva de delitos o a todas las infracciones (graves).

La retórica de esta lucha ejerce una fuerte presión sobre las garantías jurídicas, hasta el punto de que podemos preguntarnos si al tiempo que se fomenta la cooperación internacional, no se está haciendo retroceder las fronteras de las garantías jurídicas y en qué medida el CEDH puede servir a este respecto como estándar mínimo. Conviene aquí prestar atención a las obligaciones internacionales. El artículo 5 de la Convención de las Na-

39. Una investigación penal financiera (SFO) está orientada, de acuerdo con el art. 126, § 2 C. pen. proc., a la determinación del beneficio obtenido indebidamente por el sospechoso, con vistas a su embargo sobre base del art. 36e, Sr. Así pues la SFO tiene un carácter instrumental e introductorio respecto del procedimiento de embargo, regulado en los arts. 511b, hasta y C. proc. pen.

40. Annex. hand., Chambres des Députés, 1989/90, nO 21504, 3, p. 63.

41. Annex. hand., Chambres des Députés, 1989/90, n 21504, 3, p. 58.

42. En este sentido L.F. KEYSER-RINSNALDA, oc.; en contra: J.F. WÖRETSCHOFER, o.c.

43. Art. 94b: "Voor de toepassing van de artikelen 94 en 94a geldt: (...) 4º dat bij het leggen en beëindigen van beslag op schepen en luchtvaartuigen formaliteiten in acht genomen worden welke ingevolge het Wetboek van Rechtsvordering gelden ten aanzien van de betekening van het proces-verbaal van inbeslagneming, en ingevolge enige regeling inzake teboekgestelde schepen, onderscheidenlijk luchtvaartuigen ten aanzien van de inschrijving en doorhaling daarvan in registers".

44. Informe del GAFI (Grupo de Acción Financiera del G-7), París, 1990.

ciones Unidas de Viena (1988)<sup>45</sup> constituye en todo caso un hito en esta materia, obligando a la confiscación del patrimonio utilizado u obtenido en el marco de los delitos de drogas. El párrafo 4 prevé un embrión legislativo para la cooperación internacional en materia de investigaciones financieras, embargo, e imposición y ejecución de la sanción de confiscación. A este respecto, se regula la asistencia mutua judicial, en cuestiones como la transferencia de las diligencias penales, y la transferencia de la ejecución en el campo patrimonial<sup>46</sup>. A causa de la diversidad de modelos jurídicos en los Estados, se hace inevitable tanto la armonización como la cooperación en este campo. El contenido del artículo 5 (4) de la Convención de Viena ha sido completado de manera concreta y acabada en la Convención de Estrasburgo de 1990<sup>47</sup> que ha extendido el campo de aplicación a todos los delitos pero con un derecho de reserva. La Convención alcanza a las infracciones y es pues, de naturaleza penal. Esto no obliga a que la sanción de confiscación deba necesariamente ser impuesta por el juez penal. También cae en el marco de la Convención<sup>48</sup> la imposición decidida por un juez administrativo o civil; pero no si se trata de un órgano administrativo. Tampoco tiene relevancia la calificación jurídica de la sanción (pena o medida).

¿Están reglados de manera concluyente los derechos del autor y de los terceros, o se trata de puros procedimientos "in rem"? El artículo 5 obliga a los Estados miembros a prever para todas las partes interesadas una protección jurídica efectiva y atribuye *expressis verbis* a la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales la protección mínima del derecho de defensa.

La sección 5 contempla los casos en los que un Estado puede rechazar la cooperación en materia de confiscación. El artículo 18 (1) señala como motivo la incompatibilidad con los principios jurídicos fundamentales del Estado de Derecho requerido. A este respecto el Informe remite a las condiciones que derivan de los artículos 5 y 6

CEDH relativos a la protección de ciertos bienes (pensemos en los aviones) y a la inversión de la carga de la prueba. El artículo 18 (4)b, permite rechazar la cooperación cuando la relación entre el delito y el bien es muy escasa. Está muy limitada la posibilidad de la exclusión del patrimonio obtenido por hechos análogos u otros diferentes al hecho de base (art. 18 (4)d), pues el Informe establece que: "(...)la legislación hace posible tener en consideración, en el momento de la confiscación, otros delitos aparte de aquel que es atribuido sin realizar una acusación formal (...) Los expertos coinciden en que no debe excluirse la cooperación internacional en tales casos siempre que exista una decisión judicial o una declaración en la que se indiquen los efectos de uno o varios delitos cometidos". Para terminar, la Convención tiene en cuenta el hecho de que los terceros no son simples hombres de paja, sino que pueden ser igualmente terceros de buena fe. El reconocimiento de las decisiones extranjeras puede ser rechazado si los terceros no han tenido suficientes posibilidades para hacer valer sus derechos.

Esta legislación internacional ha llevado en los Países Bajos a la legislación *Plukze* internacional con adaptaciones entre otras en la Ley en materia de ejecución de los juicios penales (WOTS) y en el Código de procedimiento penal<sup>49</sup>, con el fin de poder hacer investigaciones financieras, embargar y confiscar bienes en el marco de la cooperación internacional. A petición de otro Estado se puede emprender una investigación judicial financiera, al menos cuando haya motivos fundados para pensar que pueda prosperar una demanda de embargo o de privación (art. 13, WOTS). Sólo se permite el embargo por demanda extranjera (art. 13a, WOTS) cuando dicha posibilidad está prevista tanto en el Estado que lo requiere como en los Países Bajos (art. 13a, WOTS). Por lo que se refiere a los derechos de terceros, el referido texto legislativo establece<sup>50</sup>: "Rechten van derden dienen te worden gerespecteerd. Dat houdt in dat aan derden toebehorende voorwerpen alleen kunnen worden verbeurdverklaard als de derde wist of redelijkerwijs

45. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas. Viena, 1988.

46. Hace ya mucho tiempo que el Derecho penal internacional no se limita a las relaciones entre Estados, sino que regula cada vez más a menudo la intervención operacional de las autoridades penales. Los Acuerdos de Schengen y la revisión del Tratado aduanero de Nápoles constituyen ejemplos por excelencia. Razón suficiente para hacer de las personas, en Derecho penal internacional, sujetos de Derecho.

47. Convención del Consejo de Europa relativa al blanqueo, identificación, al embargo y confiscación de los productos del crimen. Estrasburgo 1990 y su Informe explicativo de 1991. Explanatory Report on the Convention, Consejo de Europa, Estrasburgo 1991. Existe igualmente una Directiva CE con vistas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, D.O. 1991, L. 166/77, que contiene obligaciones de embargo o confiscación pero que en el sector financiero ha conducido, en los Países Bajos, a la *Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (MOT 1994)* (Ley relativa a la declaración de las transacciones irregulares).

48. Casos como *Air Canadá* y *Welch* (*supra*) salen, sin lugar a dudas, del ámbito del Convenio; para casos como el de *Agosi* es determinante conocer los delitos a los cuales el Reino Unido aplica las obligaciones de la Convención. En efecto, muchos países excluyen los delitos fiscales y aduaneros.

49. Ley del 10 diciembre 92, *Staatskad* 1993, 12

50. *Chambres des Députés* 1990 /1991 / 22083, nº 3

had kunnen vermoeden dat die voorwerpen als instrument voor het plegen of voorbereiden van een strafbaar feit werden aangewend (...) Zakelijke en persoonlijke rechten ten aanzien van verbeurdverklarde voorwerpen blijven, wanneer die rechten te goeder trouw zijn gevestigd, door de verbeurdverklaring onaangetast en zullen door de staat, als nieuwe eigenaar, dienen te worden gerespecteerd en gehonoreerd<sup>51</sup>. De todos modos, la WOTS (art. 13 d) parte del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras por el juez holandés, no sólo en lo que concierne a la constatación de los hechos y de su interpretación jurídica bajo el prisma de la punibilidad de los comportamientos, sino también desde el ángulo de las cuestiones de Derecho civil de una decisión penal. Sólo está permitido rechazar la decisión extranjera<sup>51</sup> cuando, desde el punto de vista de su contenido o en razón de su modo de realización, no es compatible con los principios fundamentales del orden jurídico holandés. Sólo en estos casos, el procedimiento de los artículos 552a y 552c se puede reabrir. Si el interesado no ha podido defenderse en el extranjero (por ejemplo porque no ha habido notificación), es posible dicho procedimiento. Pero, ¿qué ocurre si no se le ha permitido probar su buena fe en el extranjero?. Esto sería contrario a los principios fundamentales del orden jurídico holandés. El referido texto legislativo no se pronuncia sobre ello. Pero el artículo 31 WOTS establece que las especificaciones de los artículos 552b, 552d, 552c y 552g, C. proc. pen. son aplicables a los juicios que implican un embargo y que las especificaciones del artículo 577b, C. proc. pen. son aplicables a los juicios que conlleven una privación. De este modo se protegen correctamente los derechos de terceros.

Sin embargo, el debate no está cerrado pues, como podíamos esperar, los Estados miembros se consagran igualmente, en el marco del tercer pilar del Tratado de la Unión, a elaborar una reglamentación contra el crimen organizado, el fraude y la corrupción. En un Protocolo complementario de la Convención sobre la protección de los intereses financieros de la C.E.<sup>52</sup> se determina, en el artículo 6, que el blanqueo de los beneficios del fraude debe ser calificado como delito y que, si el blanqueo ha sido realizado por una persona jurídica, ésta es responsable en el plano penal. Para el blanqueo, se utiliza la definición amplia de la Directiva 91/308 sobre blanqueo. Si el Consejo aprueba

este punto, lo que no es impensable, algunos Estados miembros se verán obligados a extender ampliamente sus competencias en materia de embargo-confiscación y de cooperación internacional a estos dominios, así como en los ámbitos fiscal y aduaneros. Esta Proposición obliga además a los Estados miembros a incriminar a las personas jurídicas por delitos de fraude, incluido el blanqueo de los beneficios obtenidos por estos delitos.

## 5. Epílogo

La introducción en los Países Bajos de disposiciones de Derecho penal, de procedimiento penal y de Derecho penal internacional en materia de confiscación de los productos de los crímenes ha suscitado reacciones. Se trata de un ejemplo típico de intervención técnico-mecánica que afecta a los cimientos de nuestro Derecho (procesal) penal. No es pues asombroso que se muestre preocupación y crítica con respecto a la restricción de los principios jurídicos fundamentales en el Derecho penal. Sin negar la existencia de elementos de Derecho civil y administrativo o el alcance del procedimiento de confiscación, el Ministro de Justicia ha subrayado ante el Parlamento que los Países Bajos no han optado por un procedimiento de confiscación de Derecho civil ni administrativo, sino por un procedimiento de confiscación que forma parte del proceso penal, lo cual significa que se cumplen las condiciones del artículo 6 CEDH. En el texto legislativo de referencia se ha establecido igualmente que el tratamiento de la petición de confiscación forma parte del procedimiento penal. El procedimiento "in rem" constituye una escisión del procedimiento principal y forma parte de la acusación en materia penal que conduce a la condena<sup>53</sup>.

En resumen, son de aplicación íntegramente al procedimiento de confiscación "in rem"<sup>54</sup> los artículos 6 CEDH y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incluso Keyser Ringnald, después del análisis de los requisitos del artículo 6 CEDH, llega a la conclusión de que el procedimiento de confiscación presenta un carácter penal<sup>55</sup>. ¿Significa esto que no hay problemas? Afirmarlo sería pecar de optimista. Se impone la investigación orientada hacia los patrimonios cri-

51. En este asunto, se inspira en la Convención de 1968 relativa a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial.

52. Com (95) 693 def. Vease J.A.E. VERVAELE, *Rechtshandhaving van het gemeenschapsrecht: een boedelscheiding tussen de eerste en derde pijler?*, NJB, 1995, 1298.

53. J. WORETSHOFER, o.c.

54. Chambre des députés, 1989 / 1990, 21504, núm. 3

55. L.F. KEYSER-RINGNALDA, o.c., p. 335 y ss.

minales, bajo la forma de confiscación de los bienes o de los valores. El patrimonio ya no está limitado por las fronteras nacionales. La creciente cooperación internacional en cuanto a la investigación, embargo y confiscación de este patrimonio exige efectivamente adaptaciones de los sistemas jurídico nacionales, como son la adopción de nuevos métodos de investigación, otra manera de emprender los medios de apremio, y la imposición de nuevas sanciones patrimoniales.

Además, los sistemas jurídicos deben armonizarse para permitir la colaboración. No basta con una reglamentación legal radical; las adaptaciones que afecten a los fundamentos del Derecho (procesal) penal y del Estado de Derecho, no pueden hacerse sin reequilibrar la balanza entre la lucha contra la criminalidad y las garantías jurídicas. La influencia de la reglamentación operacional proveniente de las Convenciones internacionales crece a ojos vista, la internacionalización de nuestro Derecho (procesal) penal está en pleno desarrollo. Si la dinámica política del tercer pilar fuese traducida igualmente en dinámica jurídica, este proceso se aceleraría seriamente.

La posición jurídica del ciudadano aparece así en una situación totalmente nueva. Los Estados tienen, en el marco de los Tratados internacionales, poco margen para proseguir su tradición garantista. Como consecuencia del pensamiento dominante de eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada y la droga, puede pensarse que ha decrecido fuertemente el nivel de protección jurídica en Europa. Dado que los Estados miembros no están forzados a reconocer nuevas formas de control jurisdiccional a escala internacional o regional, la tarea de la ComEDH y del TEDH será incrementar paralelamente a los desarrollos ya mencionados, las condiciones de protección previstas en el CEDH.

La armonización y la cooperación en Europa en cuanto a la lucha contra la criminalidad, ¿conducirá a minar otra forma de armonización europea y de tradición común, como la desarrollada en los principios fundamentales del Derecho (penal) de los Estados miembros y del CEDH?. Tomando

como base la sentencia del asunto Welch, podríamos esperar que las medidas de confiscación previstas en el CEDH, tal y como se traducen en las sanciones europeas de confiscación, no sean consideradas como contrarias al CEDH, sino que sean sometidas al artículo 6 CEDH. Pero la sentencia en el asunto Air Canadá muestra que la ComEDH y el TEDH no siempre tienen un razonamiento de carácter lineal. Por otra parte, es asombroso ver, en los asuntos discutidos, la gran diferencia entre los Informes de la ComEDH y las Sentencias del TEDH, lo que tiene como consecuencia un elevado número de opiniones disidentes. Ha llegado ya el momento de que la ComEDH y el TEDH clarifiquen este punto, dada la creciente importancia de las sanciones patrimoniales penales en los Estados miembros y su internacionalización.

Es impensable separar el procedimiento "in rem" de la cuestión penal de la culpabilidad, así como de las reglas vigentes en la materia para el reparto de la carga de la prueba y sobre la fuerza probatoria, y por tanto, no se puede abandonar completamente la aproximación "ad personam". Dado que la Convención de confiscación de Estrasburgo permite igualmente a los tribunales civiles o administrativos confiscar el patrimonio criminal, es tanto más importante la protección mínima establecida por el CEDH. Con esta óptica, el mensaje y la advertencia de los magistrados Martens y Russo en su voto disidente tienen mucha importancia: "la confiscación de un bien a título de sanción, no es tolerable. La confiscación a título de 'sanción' sin que el propietario pueda invocar su inocencia invierte el justo equilibrio entre la protección del Derecho respecto de los bienes, y las exigencias del interés general. Como consecuencia de la reciente ola de legislaciones con tendencia a privar a los criminales del producto de sus crímenes, es tanto más necesario mantener firmemente este principio: la experiencia nos ha enseñado que, en su lucha contra la criminalidad internacional, los Estados no se mantienen siempre dentro de los límites fijados por la Convención. Es el Tribunal quien tiene que velar para que estos sean respetados"<sup>56</sup>.

56. Sentencia cit. p.25.