

EL DECOMISO DE GANANCIAS COMO INSTRUMENTO PARA LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA, TERRORISMO, CRIMINALIDAD ECONÓMICA Y CIBERDELINCUENCIA

FORFEITURE OF PROCEEDS OF CRIME AS AN INSTRUMENT AGAINST ORGANIZED CRIME, TERRORISM, WHITE-COLLAR CRIME AND CYBERCRIME

DOI: 10.19135/revista.consinter.00016.11

Recibido/Received 30/08/2022 – Aprobado/Approved 14/12/2022

Duarte Rodrigues Nunes¹ – <https://orcid.org/0000-0002-1757-9720>

Resumen:

En este artículo se analiza la necesidad y admisibilidad del decomiso de ganancias como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia. El punto de partida es el Derecho portugués, sin perjuicio de referencias al Derecho internacional, de la Unión Europea y extranjero siempre que esté justificado. Una vez delimitado el concepto de ganancia y enumeradas las razones de la necesidad de combatir eficazmente el lucro ilícito, se analizan las diversas modalidades de decomiso de ganancias, entre las cuales se encuentran el decomiso “clásico” de bienes de terceros y sin condena, el decomiso ampliado y el decomiso civil *in rem*, así como en qué medida estas modalidades de decomiso permiten superar las insuficiencias del decomiso “clásico” dependiente de una condena y del establecimiento de un vínculo entre el delito por el cual el acusado es condenado y la obtención de las ganancias para responder eficazmente a las referidas modalidades delictivas. Por fin, son también analizados el objeto y la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias y la admisibilidad del decomiso ser acordado bajo el estándar de prueba del proceso civil y de la presunción legal del origen delictivo del valor correspondiente al valor total de la propiedad del imputado cuyo origen lícito no resulta probado en el decomiso ampliado, concluyendo que son admisibles.

Palabras clave: ganancias provenientes del delito o hecho antijurídico; decomiso de ganancias; decomiso ampliado; decomiso civil *in rem*; decomiso sin condena; inversión de la carga de la prueba; criminalidad organizada; terrorismo; criminalidad económica; ciberdelincuencia.

Abstract:

his article analyzes the necessity and admissibility of forfeiture of proceeds of crime to effectively fight against organized crime, terrorism, white-collar crime and cybercrime. The starting point is Portuguese law, without prejudice to references to international, European Union and foreign Law whenever justified. Once delimited the concept of proceeds of crime and listed the reasons for the need to effectively combat illicit profit, the various forms of forfeiture of proceeds of crime are analyzed, including forfeiture of third-party assets and non-conviction-based forfeiture, extended forfeiture and civil forfeiture, as well as the way in which these forms of forfeiture make it possible to

¹ Profesor asociado invitado de la Universidade Europeia, Lisboa, Portugal y la Universidade Lusfada de Angola. Doctor en Derecho. Investigador del Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais y el Centro de Investigação Jurídica do Ciberespaço, de la Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal. Jurisconsulto. E-mail: duarterodriguesnunes@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1757-9720>

overcome the insufficiencies of forfeiture based on a conviction and the establishment of a link between the crime for which the defendant is convicted and the obtention of the profit to effectively fight the aforementioned types of crime. Finally, the purpose and legal nature of forfeiture of proceeds of crime and the admissibility of forfeiture under the evidentiary standard of civil procedure and legal presumption of the criminal origin of the assets incongruous with the licit income of the accused in extended forfeiture are also analyzed, concluding that both are admissible.

Keywords: proceeds of crime; forfeiture of proceeds of crime; extended forfeiture; civil forfeiture; non-conviction-based forfeiture; reversal of the burden of proof; organized crime; terrorism; white-collar crime; cybercrime.

Sumario: 1. Introducción; 2. Concepto de ganancia; 3. La necesidad de una lucha eficaz contra el lucro ilícito; 4. Modalidades de decomiso de ganancias; 5. Finalidad del decomiso de ganancias; 6. Naturaleza jurídica del decomiso de ganancias; 7. Estándar de prueba y admisibilidad de la inversión de la carga de la prueba en el decomiso de ganancias; 8. Conclusiones; Bibliografía; Jurisprudencia.

Summary: 1. Introduction; 2. Concept of proceed of crime; 3. The necessity of an effective fight against illicit profit; 4. Types of forfeiture of proceeds of crime; 5. Purpose of forfeiture of proceeds of crime; 6. Legal nature of forfeiture of proceeds of crime; 7. Standard of proof and admissibility of the reversal of the burden of proof in forfeiture proceedings; 8. Conclusions; References; Table of cases.

1 INTRODUCCIÓN

En este artículo se analiza la necesidad y admisibilidad del decomiso de ganancias como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia. El punto de partida es el Derecho portugués, sin perjuicio de referencias al Derecho internacional, de la Unión Europea y extranjero siempre que esté justificado. Una vez delimitado el concepto de ganancia y enumeradas las razones de la necesidad de combatir eficazmente el lucro ilícito, se analizan las diversas modalidades de decomiso de ganancias, entre las cuales se encuentran el decomiso “clásico” de bienes de terceros y sin condena, el decomiso ampliado y el decomiso civil *in rem*, así como en qué medida estas modalidades de decomiso permiten superar las insuficiencias del decomiso “clásico” dependiente de una condena y del establecimiento de un vínculo entre el delito por el cual el acusado es condenado y la obtención de las ganancias para responder eficazmente a las referidas modalidades delictivas. Por fin, son también analizados el objeto y la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias y la admisibilidad del decomiso ser acordado bajo el estándar de prueba del proceso civil y de la presunción legal del origen delictivo del valor correspondiente al valor total de los bienes del imputado cuyo origen lícito no resulta probado en el decomiso ampliado, concluyendo que son admisibles.

La criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia^{2/3} son, sin duda, algunas de las principales amenazas a los

² Sobre los conceptos de estas modalidades delictivas, *vide* NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 98, 130-131, 143, 156, 171, 187-188 y 191-193, y en *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, 2.ª Edición, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 45.

derechos fundamentales de los ciudadanos y a la subsistencia del Estado de Derecho en la actualidad.

Los delincuentes de estas formas de criminalidad cuentan con un *know-how* que aumenta su eficacia delictiva y su nocividad/peligrosidad (y, en consecuencia, la urgencia de una respuesta eficaz) y crea especiales dificultades investigativas, que incluso dejan obsoletos los tradicionales métodos “abiertos” de investigación criminal (p. ej., registros, aprehensiones o prueba por declaraciones), que se han convertido en medios probatorios complementarios de otros: los métodos “ocultos” (p. ej., agentes infiltrados, intervención de comunicaciones de cualquier naturaleza y con independencia del lugar donde ocurren los registros remotos sobre equipos informáticos), que permiten neutralizar de manera efectiva los instrumentos que dichos delincuentes utilizan para protegerse de la investigación criminal⁴.

En estas formas delictivas, solo la criminalidad económica (organizada o no) tiene necesariamente una finalidad lucrativa; por el contrario, el terrorismo nunca tiene una finalidad lucrativa⁵. En el caso de la delincuencia organizada *stricto sensu* y la ciberdelincuencia, aunque en la mayoría de las situaciones, su objetivo es la obtención de beneficios económicos, nada impide que sea otro (p. ej., obtención del poder político, destrucción de una organización terrorista⁶, propagación de odio racial o religioso⁷, socavar la independencia y/o la integridad de un Estado o de sus instituciones, etc.)⁸. Sin embargo, aun cuando la finalidad “última” de la actividad delictiva no sea la obtención de ganancias, la consecución de dicha finalidad requiere la disponibilidad de bienes patrimoniales, que muchas veces tendrán que ser sustanciales (como en el caso del terrorismo⁹)¹⁰.

³ La ciberdelincuencia es una forma de delincuencia transnacional en evolución y también una realidad compleja, cuya complejidad deriva del hecho de que la actividad delictiva tiene lugar en el territorio sin fronteras del ciberespacio y de la creciente participación de organizaciones criminales y/o terroristas y/o delincuentes de cuello blanco, lo que requiere una respuesta urgente, dinámica e internacional (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, 2.ª Edición, Coímbra, Gestlegal, 2021, p. 14). Sobre las formas en que el ciberdelito es utilizado por las demás modalidades delictivas mencionadas en el texto, véase NUNES, Duarte Rodrigues, *Idem*, p. 29 y ss.

⁴ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coímbra, Gestlegal, 2019, p. 17 y ss.

⁵ En la legislación portuguesa, las finalidades del terrorismo son: socavar la integridad y la independencia nacionales, impedir, alterar o subvertir el funcionamiento de las instituciones del Estado previstas en la Constitución, obligar a la autoridad pública a realizar un acto, abstenerse de practicarlo o tolerar su comisión y la intimidación de determinadas personas, grupos de personas o la población en general (cfr. art. 2, n. 1, de la Ley 52/2003, de 22 de agosto, Ley de lucha contra el terrorismo).

⁶ Como ocurrió con los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación) en España (los GAL eran un grupo paramilitar financiado clandestinamente por el Estado español, cuyo fin era combatir a ETA, utilizando tácticas terroristas o de “guerra sucia”), que fueron considerados una asociación delictiva por el Tribunal Supremo en su Sentencia n. 2123/1992, Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, Consulta: 19 ago. 2022.

⁷ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Editorial Comares, 2009, p. 76.

⁸ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coímbra, Gestlegal, 2019, p. 124.

⁹ En las últimas décadas se ha producido una difuminación de las fronteras entre la delincuencia organizada y el terrorismo, con situaciones de cooperación mutua y negocios entre terroristas y miembros de organizaciones criminales *stricto sensu* (p. ej., protección por parte de terroristas a actividades del crimen organizado y puesta a disposición, por parte de organizaciones criminales *stricto sensu*, de los medios necesarios para la realización de actividades terroristas). También es frecuente la prosecución, por parte de los terroristas, de

Y, por tanto, las organizaciones criminales y terroristas y bien así los delincuentes de cuello blanco y los ciberdelincuentes cometerán delitos y/o intervendrán en la economía lícita con el fin de obtener ganancias, ya sea como finalidad “última” o para financiación de, por ejemplo, actividades terroristas.

2 CONCEPTO DE GANANCIA

La legislación portuguesa define ganancias (provenientes de un hecho antijurídico¹¹) como “todas las cosas, derechos o ventajas que constituyen una ventaja económica, directa o indirectamente resultante de ese hecho, para el agente o para otros”¹² y refiere también que “la recompensa dada o prometida a los agentes de un hecho antijurídico, ya cometido o a punto de cometerse, para ellos o para otros” constituye una ganancia a los efectos del decomiso¹³. Sin embargo, la ley no incluye ningún concepto de “ventaja económica” o “recompensa dada o prometida” (para distinguirla de la ventaja en sentido estricto¹⁴).

No obstante, podemos definir la ganancia como la obtención de un incremento patrimonial (p. ej., recibir una suma de dinero u otro bien) o la evitación de una disminución patrimonial (p. ej., no pagar impuestos, no pagar una deuda a otra persona, etc.). La ganancia obtenida puede ser para el autor del delito o para un tercero y puede resultar directamente de la comisión del delito o solo indirectamente (por ejemplo, a través de la reinversión de la ganancia obtenida directamente).

actividades propias del crimen organizado (como el tráfico de droga o armas o contrabando de mercancías) para financiación de sus actividades terroristas y, por el contrario, la utilización, por parte de las organizaciones criminales “tradicionales”, de tácticas terroristas en conflictos con otras organizaciones criminales o delincuentes “no organizados”, para hacer frente a las autoridades o para intimidar y/o extorsionar a ciudadanos y/o empresas (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Criminalidade organizada e economia lícita. *Intimidazione del vincolo associativo ou Joint Venture?*”, en VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord., *Criminalidade Organizada Transnacional, Corpus Delicti III*, Coímbra, Almedina, 2021, p. 41-42).

¹⁰ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 303.

¹¹ La referencia al hecho antijurídico significa que el decomiso se acuerda aunque sí el delincuente actúe sin culpa por inimputabilidad (pero no cuando actúe bajo error de prohibición invencible o bajo exceso en la legítima defensa, estado de necesidad exculpante u otra causa de exculpación fundada en la inexigibilidad) (así también, CUNHA, José Manuel Damião da, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, A Lei 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Oporto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 60, nota 83).

¹² Cfr. art. 110, n. 1, al. a), del Código Penal portugués (en delante CP).

¹³ Cfr. art. 110, n. 2, del CP.

¹⁴ La recompensa, que constituye una ventaja económica (*lato sensu*) del hecho antijurídico (o del delito), se distingue de la ventaja *stricto sensu* por destinarse a recompensar la comisión de un hecho antijurídico o delito y “ocurrir” en el marco de una relación intersubjetiva entre el agente y aquel que da o promete esa recompensa (p. ej., el soborno pagado/recibido por la comisión de un delito de cohecho), mientras que la ventaja consiste en lo que se adquiere con la comisión del hecho antijurídico o delito (p. ej., el dinero ganado a través del narcotráfico) (cfr. CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com os outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p. 272-273, y CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 136).

3 LA NECESIDAD DE UNA LUCHA EFICAZ CONTRA EL LUCRO ILÍCITO

Cuando la finalidad “última” de los delincuentes es la obtención de ganancias, las ventajas económicas obtenidas mediante la comisión de los delitos serán disfrutadas por los delincuentes o por terceros, lo que es, desde luego, una demostración inequívoca de que el delito paga¹⁵. En consecuencia, los delincuentes se beneficiarán de un estatus socioeconómico del que difícilmente podrían beneficiarse si optaran por actuar lícitamente, por ejemplo, teniendo acceso a los círculos sociales (incluso políticos y económicos) cuyos miembros tienen un estatus económico muy alto y disponiendo de bienes patrimoniales (casas de lujo, yates de lujo, automóviles de lujo, joyas, etc.) que, de otro modo, no podrían disponer. De hecho, no faltan ejemplos de enriquecimiento de dudosa procedencia o, al menos, insuficientemente justificado, lo que indica que dicho enriquecimiento tiene o puede tener en su génesis la comisión de delitos (incluso delitos graves). Y la posibilidad de que los delincuentes disfruten de las ganancias de origen delictivo muestra la ineficacia de la respuesta de las autoridades ante los fenómenos delictivos, con evidentes repercusiones en términos de prevención de la criminalidad ya que esta ineficacia, el disfrute de bienes de origen delictivo (y que no se podrían haber obtenido o difícilmente se habrían obtenido de manera lícita) y la consiguiente sensación de impunidad y de que el crimen paga acaban incitando a ese delincuente a cometer nuevos delitos y a otros ciudadanos a optar por delinquir en lugar de seguir actuando lícitamente.

Pero, la disponibilidad de bienes de origen delictivo conlleva otra consecuencia negativa, quizás incluso más negativa que el usufructo de estos bienes por parte del delincuente: la reinversión de este patrimonio delictivo. Así, este patrimonio (o parte de él) puede reinvertirse, por ejemplo, en producto estupefaciente, armas, etc. para posterior tráfico (y obtención de nuevas ganancias) o ser utilizado para sobornar a políticos, magistrados, policías, funcionarios, etc. o para pagar a especialistas cuya contribución sea necesaria para el desarrollo de actividades delictivas (abogados, informáticos, sicarios, etc.), lo que significa que será utilizado en la continuación de la actividad delictiva y, en consecuencia, la lesión de bienes jurídico-penales se prolongará.

¹⁵ Según CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com os outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p. 27 y ss., la idea de que el delito paga resulta de tres razones: (1) la percepción de un bajo riesgo de punición efectiva, (2) la satisfacción personal con la comisión del delito y (3) la diferencia entre las consideraciones del delincuente en cuanto a los beneficios que el delito proporciona y del legislador al determinar las penas imponibles a los delitos (lo que lleva al delincuente a considerar que el beneficio económico que obtendrá al cometer el delito y su superioridad sobre lo que obtendría si no cometiera el delito valen el “costo” que conlleva su punición). Y es con esta visión estratégica que muchos delincuentes, consciente y racionalmente (incluso sopesando los “riesgos penales”) optan por delinquir en lugar de actuar de manera lícita o, con el objetivo de incrementar su capacidad delictiva (y lucrativa), crean estructuras delictivas para explotar el crimen como una verdadera actividad económica extremadamente lucrativa (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 96 e ss., 107-108, 111 e ss. e 149 y ss., y FONTES, José/CRUZ, Nelson da, *Da Descoberta e da Recuperação dos Proveitos Ilegítimos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 20-21).

Pero también puede reinvertirse en la economía lícita, con las consiguientes distorsiones de esa misma economía. Así, en el caso de las organizaciones criminales y/o terroristas, por su carácter delictivo y porque el empresario mafioso o terrorista no acepta el llamado “*riesgo empresarial*”¹⁶, estas organizaciones utilizan su propia “metodología” al intervenir en la economía legítima, subvirtiendo sus reglas de funcionamiento y destruyendo la competencia a través de, por ejemplo¹⁷:

- a) adquisición de empresas rivales (utilizando los recursos financieros obtenidos en actividades ilícitas y su poder intimidatorio para forzar la decisión de venta e imponer las condiciones del negocio);
- b) imposición de pago de dinero como “protección” o “autorización para laborar” y obligando a las empresas rivales a incurrir en gastos de seguridad (cámaras, seguridad privada, seguros, etc.) para evitar actos de sabotaje por parte de la organización, lo que genera gastos adicionales que tendrán de reflejarse en los precios de sus bienes o servicios, los cuales serán menos competitivos que los precios de los bienes o servicios prestados por las empresas de la organización o protegidos por ella;
- c) oferta de servicios/bienes a precios más competitivos que los practicados por empresas competidoras legales en virtud de la reinversión de capital ilícito (incluso con pérdidas contra el valor de adquisición, que se compensan logrando una apariencia de licitud en su obtención), no pago de impuestos, pago de salarios más bajos a los trabajadores (muchos de ellos inmigrantes ilegales o incluso nacionales suficientemente intimidados para aceptar salarios bajos y/o no quejarse de las malas condiciones de trabajo y de recibir salarios inferiores al valor mínimo impuesto por la ley), incumplimiento de normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo o al transporte y manipulación de materias primas o residuos producidos por la empresa, etc.;
- d) control de los tomadores de decisiones públicas a través de la corrupción y, si es necesario, de la intimidación o del uso de la violencia;
- e) obligar a las empresas adjudicatarias de contratos públicos a subcontratar la ejecución de parte del contrato o contratar la prestación de servicios (mano de obra, transporte) o el suministro de bienes a empresas pertenecientes a la organización o protegidas por ella.

También los delincuentes de cuello blanco y los ciberdelincuentes, cuando optan por reinvertir sus activos de origen delictivo en la economía lícita, subvierten la competencia ya que la disposición y reinversión de estos activos les otorga ventajas competitivas sustanciales frente a los empresarios honestos.

Cuando la obtención de ganancias mediante la comisión de delitos es para financiación de la finalidad “última” de los delincuentes (como ocurre, por ejemplo,

¹⁶ Cfr. VELTRI, Elio/LAUDATI, Antonio, *Mafia pulita*, Milão, Longanesi, 2009, p. 44-45, y NUNES, Duarte Rodrigues, “La intervención de la delincuencia organizada en la economía legítima”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, n. XIV, 1.º Semestre 2022*, p. 319.

¹⁷ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 128-129, y en “La intervención de la delincuencia organizada en la economía legítima”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, n. XIV, 1.º Semestre 2022*, p. 319 (con referencias bibliográficas adicionales).

en el terrorismo), la posibilidad de invertir las ganancias en la prosecución de esa finalidad, además de ser una demostración de la ineficacia de la respuesta de las autoridades al delito y crear un sentimiento de impunidad, también permite la continuación de la actividad delictiva y, por ende, la causación de una mayor lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Además, en el caso de actividades delictivas que tienden a prolongarse en el tiempo, con independencia cual sea la finalidad “última” de los delincuentes, parte de la ganancia obtenida se destinará a proteger a estos mismos agentes, a la organización (si la hubiere) y sus activos de origen delictivo contra la actuación de las autoridades. En consecuencia, una parte de las ganancias obtenidas se destinará, por ejemplo, a pagar a colaboradores externos por servicios prestados en operaciones de blanqueo de dinero, sobornos por la comisión de delitos de cohecho o honorarios de abogados, apoyar a familiares de miembros que estén en la cárcel como una manera de “comprar” su lealtad y su silencio (para que no cooperen con las autoridades) e intervenir en la economía lícita (para blanquear los activos de origen delictivo¹⁸)¹⁹.

Por estas razones, es esencial privar a los delincuentes de las ganancias de origen delictivo ya que esta es una *conditio sine qua non* para una respuesta al crimen en general (y al crimen organizado, terrorismo, crimen económico y ciberdelincuencia en particular) que cumpla con los requisitos del Estado de Derecho en términos de efectividad.

Conscientes de estas realidades, algunos organismos internacionales (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, Consejo de Europa) han consagrado en instrumentos de Derecho internacional y la Unión Europea y bien así los legisladores de los distintos países han previsto en la ley diversos mecanismos jurídicos como la criminalización de determinadas conductas relacionadas con el lucro ilícito (*maxime* el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el enriquecimiento ilícito), la tributación de los ingresos ilícitos y también medidas en cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, ya sean medidas no sancionadoras, (p. ej., los procedimientos civiles *in personam*²⁰ y el decomiso de ganancias de origen delictivo, que será analizado en este artículo) o medidas sancionadoras (p. ej.,

¹⁸ Las razones por las cuales las organizaciones criminales y/o terroristas intervienen en la economía lícita son: obtención ganancias, protección de la organización, sus miembros y sus activos frente a las autoridades y establecimiento de relaciones de intercambio de favores con miembros del mundo de la política, los negocios, las instituciones y la administración pública (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “La intervención de la delincuencia organizada en la economía legítima”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, n. XIV, 1.º Semestre 2022*, p. 317).

¹⁹ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, in CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Recuperação de Activos*, Lisboa, 2021, p. 15, Disponible en <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=O-xuCBK9tSs%3d&portalid=30>, Consulta: 19 ago. 2022.

²⁰ La adopción de los procedimientos civiles *in personam* en el Derecho interno de los Estados es impuesta por el art. 53 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Estos procedimientos consisten en entablar acciones civiles en los Tribunales de otro Estado para obtener el reconocimiento del derecho de propiedad del Estado sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de delitos y la condena del titular a entregarlos al Estado que entabló la acción civil.

la antigua *Vermögensstrafe* de la legislación alemana²¹ o la multa indexada al valor de la ganancia ilícita²²).

4 MODALIDADES DE DECOMISO DE GANANCIAS

Existen varias modalidades de decomiso de ganancias: decomiso “clásico” (previsto en el art. 110 y ss. del CP²³), ampliado (previsto en el art. 7 y ss. de la Ley 5/2002, de 11 de enero) y civil *in rem*²⁴ a través de una acción civil *in rem* (que no está previsto en la legislación portuguesa). El decomiso de ganancias puede basarse en una condena penal (que depende de una condena penal y del establecimiento de un vínculo entre las ganancias y el delito o hecho antijurídico cometido²⁵)²⁶ o ser independiente de una condena penal (siendo efectuado sin que el imputado haya sido objeto de una condena penal en relación con el delito mediante el cual obtuvo la ganancia que será decomisada)²⁷ y puede ser en especie (siendo confiscados los

²¹ La *Vermögensstrafe* (pena patrimonial) estaba prevista en el §43a del *Strafgesetzbuch* (StGB), habiendo sido introducida en 1992 por la Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y otras manifestaciones del crimen organizado (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität* o, abreviadamente, OrgKG), de 15 de julio de 1992. El §43a StGB fue declarado inconstitucional por el *Bundesverfassungsgericht* en su Sentencia de 20 de marzo de 2002 (2 BvR 794/95), Disponible en <https://lexetius.com/2002/273>, Consulta: 19 de agosto. 2022, por violación del art. 103 II de la *Grundgesetz* (GG) ya que era incompatible con el principio de legalidad de las penas en su aspecto de determinabilidad, debido a que no regulaba, con la claridad constitucionalmente impuesta, los presupuestos para la individualización de la pena. La pena patrimonial podría imponerse cuando el imputado fuese condenado por la comisión de un delito por el cual se previese la posibilidad de imponer la pena patrimonial y desde que la pena (principal) impuesta fuese igual o superior a 2 años de reclusión o cadena perpetua, correspondiendo el límite máximo de la pena patrimonial a la totalidad de los bienes del imputado, sin considerar el valor que hubiese sido objeto de decomiso de ganancias; si el imputado no pagara el importe correspondiente a la pena patrimonial, esta se sustituiría por una pena de prisión de 1 mes a 2 años.

²² Como sucede en el art. 52 del Código Penal español, cuyo apartado 1 prescribe que, en los casos en que la ley así lo prevea, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. DIAS, Augusto Silva, “*Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito*”, en PALMA, Maria Fernanda/DIAS, Augusto Silva/MENDES, Paulo de Sousa, coord., 2.º *Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 36-37, y CHOCLÁN MONTALVO, José António, *El Patrimonio Criminal, Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 643, consideran que la multa indexada al valor de la ganancia ilícita es incompatible con los principios de legalidad (al constituir una pena absolutamente indeterminada, dada la imposibilidad de comprender cuáles son sus límites mínimo y máximo) y de culpa (al escapar a la determinación del número de días-multa, que se fija en función de la culpa del agente y de las necesidades de la prevención, sin que la pena pueda sobrepasar la medida de la culpabilidad).

²³ Y también en el art. 36 y ss. del Decreto-Ley 15/1993, de 22 de enero (Ley de combate al narcotráfico), cuanto a los delitos previstos en ese decreto-ley.

²⁴ El decomiso civil *in rem* se basa en una *fictione juris* de culpabilidad de los bienes, siendo la culpabilidad del propietario de los bienes irrelevante.

²⁵ Cuando sea impuesta una medida de seguridad al acusado que sea un inimputable peligroso.

²⁶ Únicamente en el caso de decomiso “clásico”, en situaciones en que el decomiso sea acordado tras la imposición de una pena o medida de seguridad al imputado y se refiera a ganancias efectivamente obtenidas mediante la comisión del delito o del hecho antijurídico por el cual el imputado fue condenado.

²⁷ El decomiso sin condena incluye los casos de decomiso “clásico” cuando no va precedido de la imposición de una pena o medida de seguridad al imputado como consecuencia de la comisión del delito o hecho antijurídico que haya generado las ganancias que van a ser decomisadas, cuando la persona sujeta al decomiso sea un tercero que no sea agente de la infracción o cuando sea acordado a pesar de estar extinguida la responsabilidad criminal que afecte el procedimiento penal (prescripción, amnistía, muerte del reo o extinción de la persona jurídica) o de la declaración de rebeldía del imputado. El decomiso sin condena incluye también

bienes efectivamente recibidos por el delincuente en resultado de la comisión de la infracción) o de valor (siendo confiscado el valor correspondiente a las ganancias obtenidas por la comisión de la infracción).

En el decomiso “clásico” son decomisadas las ganancias que se derivan efectiva²⁸ y directa o indirectamente²⁹ de la comisión de un hecho antijurídico y las recompensas dadas o prometidas a los agentes de un hecho antijurídico, ya cometido o a punto de cometerse, para ellos o para otros, incluso las que han transformadas o reinvertidas³⁰. Así, serán decomisados cualesquiera cosas, hechos de propiedad, beneficios de uso y evitación de pagos que los delincuentes hayan obtenido/evitado con la comisión de un hecho antijurídico³¹.

el decomiso ampliado (ya que, como se verá, las ganancias decomisadas no se obtuvieron mediante la comisión del delito por el que el imputado fue apenado) y el decomiso civil *in rem* (que es acordado en el marco de un proceso independiente del proceso penal).

²⁸ En el decomiso “clásico” debe demostrarse que las ganancias obtenidas o prometidas resultan efectivamente de la comisión de un hecho antijurídico, siendo suficiente la demostración basada en prueba indiciaria (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 304, nota 40, y CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 142).

²⁹ Por ejemplo, si el delincuente invierte el dinero que recibió o evitó pagar mediante la comisión del hecho antijurídico en productos financieros y después reinvertir el dinero obtenido en la primera transacción, las ganancias obtenidas en las transacciones posteriores pueden ser decomisadas. Así, si el delincuente recibe un soborno de €5.000,00 y luego invierte ese dinero en criptomonedas y obtiene €100.000,00, el valor a confiscar será €100.000,00 y no €5.000,00. Y, si después reinvierte los €100.000,00 y obtiene €1.000.000,00, el valor a decomisar será €1.000.000,00.

Como demuestran los ejemplos anteriores, el decomiso en “cadena” es compatible con los principios de seguridad jurídica, legalidad y proporcionalidad (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 305, nota 41; de otra opinión, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, p. 636, y RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, Lisboa, SMMP, 2013, p. 185). Además, la limitación del decomiso a la ganancia directa y a los bienes adquiridos mediante la primera transacción con la ganancia directa reduce excesivamente el alcance del decomiso, comprometiendo en gran medida la consecución de los fines que se pretenden lograr mediante el decomiso de las ganancias (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *Ibidem*; de otra opinión, CUNHA, José Manuel Damião da, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, A Lei 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Oporto, Universidade Católica Editora, 2017, p. 25) ya que, de acuerdo con los ejemplos anteriores, limitar el decomiso en tales términos significaría que solo se podrían decomisar €100.000,00, quedándose el delincuente con los €900.000,00 restantes, que nunca habría obtenido sin la inversión de los €5.000,00 que había recibido como soborno.

³⁰ Cfr. art. 110, n. 1, al. b), 2 y 3, del CP.

³¹ El *quantum* del decomiso corresponde a la ganancia obtenida, por lo que, concluyendo que se invirtió capital de origen lícito en la comisión del hecho antijurídico (por ejemplo, en la adquisición de la droga para su posterior tráfico), dicho valor deberá ser deducido del valor total obtenido a través de la comisión del hecho antijurídico (principio de la ganancia neta o *Nettoprinzip*, a diferencia del principio de la ganancia bruta o *Bruttoprinzip*) (cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Edición*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, p. 497-498, RODRIGUES, Hélio Rigor, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes, Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público n. 134*, p. 209, y Sentencia del Tribunal da Relação do Porto de 30 de abril de 2019 (proc. 1325/17.1T9PRD.P1), Disponible en www.dgsi.pt, Consulta: 22 ago. 2022).

Si la ganancia no puede apropiarse en especie, la pérdida se reemplaza por el pago al Estado del valor respectivo³², pudiendo operar esta sustitución en cualquier momento, incluso en la fase ejecutiva³³, lo que tiene por finalidad permitir que se produzca el decomiso incluso si no es posible aprehender o embargar los bienes efectivamente obtenidos mediante la comisión del delito.

El decomiso “clásico” de ganancias es acordado, aunque no se pueda sancionar a nadie por el hecho antijurídico o el delito³⁴, siendo un ejemplo de decomiso sin condena. Por el contrario, el decomiso no es acordado si las ganancias no pertenecen al delincuente (sino a un tercero) en el momento de la comisión del hecho antijurídico o cuando el decomiso es acordado³⁵ ya que el decomiso no puede perjudicar los derechos de terceros de buena fe. Sin embargo, aunque las ventajas pertenezcan a un tercero, se acordará el decomiso cuando ese tercero (1) haya cooperado, de manera culpable, en su uso o producción o se haya beneficiado del hecho³⁶, (2) haya adquirido dichos bienes con posterioridad a la comisión del hecho,

³² Si la ganancia consistir en evitar un pago, el decomiso jamás podrá ser en especie ya que el delincuente no recibió ningún bien.

³³ Cfr. arts. 110, n. 4, 111, n. 3, e 112-A del CP.

³⁴ Cfr. art. 110, n. 5, del CP. A pesar de la ley mencionar únicamente la muerte y la declaración de rebeldía (*contumácia*), también es posible acordar el decomiso “clásico” en otras situaciones de extinción de la responsabilidad criminal en los términos de los arts. 118 y ss. del CP que produzcan efectos en relación al procedimiento (prescripción, amnistía y extinción de la persona jurídica) (así, NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 306, nota 46).

³⁵ Cfr. art. 111, n. 1, del CP.

³⁶ Las organizaciones criminales *lato sensu* intervienen en la economía lícita y, en esta intervención, establecerán relaciones con otras empresas en la forma de (1) intimidación (pago de “protección” y/o adquisición forzada de bienes o servicios de empresas propiedad o controladas por la organización delictiva, “protegida” por ella o asociada a ella en relaciones comerciales, a saber, en forma de subcontratación o suministro de materiales o mano de obra en obras públicas o privadas en las que la empresa amenazada interviene como contratista), (2) asistencia a empresas en dificultades económicas que no pueden obtener crédito del banco (realización de préstamos (usureros) u “ofertas” de contratos, forzados o no, para el suministro/prestación de bienes o servicios a otras empresas, coludidas o víctimas de la organización, para adquirir posteriormente el control de la empresa beneficiada y/o la colaboración de sus propietarios/administradores como testafierros) o (3) establecer relaciones comerciales “normales” (entre empresas que no son propiedad de la organización ni están bajo su control y la organización criminal y/o empresas de su propiedad o bajo su control) (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “La intervención de la delincuencia organizada en la economía legítima”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, n. XIV, 1.º Semestre 2022*, p. 320 y ss.).

Así, existen empresas y empresarios que obtienen ganancias de las relaciones que establecen con organizaciones criminales y/o empresas de propiedad o bajo el control de estas organizaciones. Tales ganancias pueden ser objeto de decomiso “clásico”: cuando la relación establecida o la conducta concreta constituya *ex se* un hecho antijurídico o incluso un delito (incluida la cooperación con la organización criminal sin ser su miembro) bajo cualquier modalidad de autoría o participación, el decomiso es acordado a la luz del art. 110 del CP; en otros casos, siempre que el tercero, actuando de mala fe, se haya beneficiado del hecho cometido por otra persona (por ejemplo, en el caso del suministro forzoso de bienes o servicios por parte de empresas que no son propiedad ni están controladas por la organización criminal a empresas que adquieren esos bienes o servicios en resultado de violencia o intimidación perpetrada por la organización criminal), el decomiso es acordado con fundamento en el art. 111, n. 2, al. a), del CP (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 307, nota 49).

sabiendo o debiendo saber de dónde procedían o (3) los bienes (o el valor correspondiente) hayan sido transferidos a ese tercero para evitar el decomiso, sabiendo o debiendo saber este tal propósito³⁷. En los casos en que el tercero, actuando de mala fe (sabiendo o teniendo que saber que se trataba de ganancias derivadas de la comisión de un hecho antijurídico) ha cooperado en el uso o producción de las ganancias o beneficiado del hecho, se trata de evitar que tales ganancias sean disfrutadas por quien, actuando de mala fe, las obtuvo o cooperó en su uso o producción, restableciéndose así el orden jurídico patrimonial lesionado por la comisión de un hecho delictivo³⁸; en los demás casos mencionados en el art. 111, n. 2, del CP, la ley tiene por finalidad impedir que la transferencia de bienes del autor del delito a un tercero³⁹ sea un obstáculo al decomiso⁴⁰.

Sin embargo, a pesar de su alcance y de las diversas modificaciones de la ley dirigidas a mejorarlo⁴¹, el decomiso “clásico” es insuficiente para responder eficazmente a la delincuencia organizada, delincuencia económica, terrorismo y ciberdelincuencia ya que la reducida visibilidad exterior de estas modalidades delictivas y el uso de diferentes mecanismos de encubrimiento de la actividad delictiva y los bienes así obtenidos dificultan o impiden el establecimiento de un vínculo entre las concretas ganancias y los hechos delictivos de los que derivan⁴².

Así, es necesaria otra modalidad de decomiso, que no exija la prueba de que las ganancias se obtuvieron mediante la comisión del delito o del hecho antijurídico que es objeto del proceso, aunque sí es necesario concluir que se obtuvieran mediante la comisión de (otros) delitos, ya sea mediante la prueba basada en la preponderancia de probabilidades (y basada en indicios)⁴³ o la inversión de la carga de la prueba (donde la ley presume que los bienes cuya procedencia lícita no ha sido

³⁷ Cfr. art. 111, n. 2, del CP.

³⁸ Cfr. MARIANO, João Cura, “A perda de bens de terceiro relacionados com o crime”, en FERREIRA, Maria Raquel Desterro/CARDOSO, Elina Lopes/CORREIA, João Conde, org., *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 149-150.

³⁹ Desde que este supiera o debiera haber sabido que la transmisión tenía por finalidad evitar el decomiso, sobre todo en los casos en que la transmisión se haya realizado a título gratuito o por un precio sustancialmente inferior al valor de mercado, derivando la mala fe del tercero de su conocimiento efectivo o exigible.

⁴⁰ Cfr. MARIANO, João Cura, “A perda de bens de terceiro relacionados com o crime”, en FERREIRA, Maria Raquel Desterro/CARDOSO, Elina Lopes/CORREIA, João Conde, org., *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, Lisboa, INCM, 2018, p. 153 y ss.

⁴¹ El decomiso de ganancias obtenidas indirectamente fue introducido por la Ley 32/2010, de 2 de septiembre y el decomiso sin condena y de los beneficios de terceros de mala fe con el ámbito mencionado en el texto fue introducido por la Ley 30/2017, de 30 de mayo (que transpuso 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).

⁴² Así también, BORGES, Francisco, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, en COSTA, José de Faria *et al.*, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, v. I, *Direito Penal*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2017, p. 218.

⁴³ Como ocurre, por ejemplo, en la Directiva 2014/42/UE (art. 5 y Considerando 21, aunque en el Considerando 22 admite la posibilidad de invertir la carga de la prueba sobre el origen de las ganancias) y el Derecho alemán (§ 73a del StGB (cfr. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, p. 65-66, Disponible en <https://dserver.bundestag.de/btd/18/095/1809525.pdf>, Consulta: 22 ago. 2022)).

demonstrada tienen origen delictivo)⁴⁴. Por las características de estas modalidades delictivas y sin olvidar que se ha probado, más allá de toda duda razonable, que el imputado cometió un delito susceptible de generar ganancias⁴⁵, así como que dichos bienes pertenecen o pertenecieron al imputado (aunque estén formalmente en posesión de terceros), es muy difícil demostrar (aunque sobre la base de prueba indiciaria y sobre un estándar de prueba menos exigente que la prueba más allá de una duda razonable) que los bienes se obtuvieron a través de la comisión de (otros) delitos. Por ello, el legislador portugués estableció una presunción *iuris tantum* de que los bienes cuyo origen lícito la persona condenada por uno de los delitos previstos en el art. 1, n. 1, de la Ley 5/2002⁴⁶ no demuestra (y por tanto es incongruente con su ingreso lícito) tiene un origen delictivo.

El decomiso ampliado requiere, en primer lugar, que el imputado haya sido condenado, mediante sentencia firme⁴⁷, por la comisión de uno de los delitos previstos en el art. 1, n. 1, de la Ley 5/2002⁴⁸. En segundo lugar, el imputado debe

⁴⁴ Como ocurre, por ejemplo, en el Derecho portugués, italiano (cfr. art. 240 *bis* del *Codice Penale*) y español (cfr. arts. 127 *bis*, 1 y 2, *quinques* y *sexies* del Código Penal; sin embargo, la jurisprudencia (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 599/2020, Disponible en <https://vlex.es/vid/852228321>, Consulta: 22 ago. 2022) entiende que, a pesar de las presunciones establecidas en el art. 127 *sexies*, “*No se trata de verdaderas presunciones legales, que alterarían el esquema sobre el que también se construye la presunción de inocencia, sino de pautas hermenéuticas mediante las que el legislador busca facilitar la tarea decisoria, sin que su propia existencia implique una subversión de la carga de la prueba*”, porque en todo caso habrá de probarse la actividad delictiva y la base de las presunciones que sean aplicables).

⁴⁵ Los delitos (y no hechos antijurídicos) mencionados en el art. 1, n. 1, de la Ley 5/2002 son: narcotráfico, terrorismo, organizaciones terroristas, financiación del terrorismo, tráfico de armas, tráfico de influencias, recibimiento indebido de ventaja, cohecho, malversación, participación económica en negocios, blanqueo de dinero, asociación delictiva, pornografía infantil y explotación sexual y corrupción de menores, falsificación, uso y adquisición de tarjetas u otros dispositivos de pago falsos y actos preparatorios relacionados, adquisición de tarjetas u otros dispositivos de pago obtenidos mediante delitos informáticos, daños relacionados con programas u otros datos informáticos y sabotaje informático, acceso ilegítimo a un sistema informático, trata de personas, falsificación de moneda y valores equiparados a moneda, explotación sexual, contrabando y tráfico y falsificación de vehículos robados.

⁴⁶ El imputado es quién mejor podrá demostrar el origen lícito de sus bienes. Esta presunción es esencial para superar las dificultades mencionadas en el texto (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *Julgare Online*, Fevereiro de 2017 p. 12, Disponible en <http://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/>, Consulta: 22 ago. 2022, e Sentencias del Tribunal Constitucional n. 392/2015 e 476/2015, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022).

⁴⁷ Cfr. DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, en PALMA, Maria Fernanda/DIAS, Augusto Silva/MENDES, Paulo de Sousa, coord., 2.º *Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 46, y CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 104.

⁴⁸ El legislador portugués ha delimitado el catálogo de delitos con base en criterios de potencialidad para obtener ganancias y prioridades de política criminal (cfr. GODINHO, Jorge Fernandes, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, en ANDRADE, Manuel da Costa *et al.*, org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1339, CUNHA, José Manuel Damião da, “Perda de Bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)”, en CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 125, y Sentencia del Tribunal Constitucional 392/2015, Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022). Sin embargo, el catálogo es incompleto ya que debería incluir todos los delitos que, según los conocimientos adquiridos, se cometen habitualmente en el marco de la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia (cfr. NUNES,

poseer un conjunto de bienes que (1) estén en su poder o en relación con los cuales tenga control y beneficio a la fecha de constitución como imputado o posterior y/o hayan sido (2) transferidos a terceros gratuitamente o a cambio de una contraprestación insignificante en los cinco años anteriores a su constitución como imputado y/o (3) recibida por él en los cinco años anteriores a su constitución como demandado, incluso si no se puede determinar su destino. En tercer lugar, el valor de los bienes del imputado deberá ser incongruente con sus ingresos lícitos, concatenados con sus gastos⁴⁹. Y, en cuarto lugar, los bienes que serán objeto del decomiso ampliado no pueden haber sido obtenidos mediante la comisión de delitos que hayan sido objeto de decomiso “clásico”⁵⁰.

Así, los bienes no serán decomisados si el imputado prueba (por cualquier medio de prueba admitido en el proceso penal) que tiene ingresos lícitos que, junto con sus gastos, le permiten ser propietario de esos bienes o si prueba que los bienes estaban en su titularidad por, al menos cinco años al tiempo de su constitución como imputado o fueron adquiridos con ingresos obtenidos en ese período⁵¹.

Sin embargo, el decomiso ampliado previsto en la legislación portuguesa tiene algunas limitaciones: no permite el decomiso en los casos en que el delincuente es inimputable (y solo por eso no es condenado a una pena⁵²) y hay situaciones en las que no es posible confiscar bienes pertenecientes a una organización delictiva o terrorista⁵³. Además, el decomiso ampliado depende de una condena por la comisión de uno de los delitos previstos en el art. 1, n. 1, de la Ley 5/2002 (el que exige la prueba, más allá de toda duda razonable, de su comisión), que son delitos de muy difícil prueba, y, como se ha dicho, este catálogo legal no incluye muchos delitos comúnmente cometidos en el marco de la delincuencia organizada, terrorismo, delincuencia económica y ciberdelincuencia.

Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coímbra, Gestlegal, 2019, p. 409, nota 1562).

⁴⁹ La incongruencia es la conclusión que el Tribunal extrae de la confrontación entre los bienes que se ha probado que pertenecen al imputado y los ingresos lícitos y gastos de este y, concluyendo que existe incongruencia, fallará en contra del imputado y acordará el decomiso (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coímbra, Gestlegal, 2019, p. 411-412). El decomiso ampliado previsto en la legislación portuguesa es un decomiso del valor y no un decomiso en especie ya que el objeto del decomiso es el valor de los bienes incongruentes del imputado y no bienes específicos.

⁵⁰ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *Julgare Online, Fevereiro de 2017*, Disponible en <http://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/>, Consulta: 22 ago. 2022, p. 37-38, y Sentencia del Supremo Tribunal de Justiça de 5 de julio de 2012 (proc. 171/10.8JALRA-A.C1), Disponible en www.dgsi.pt, Consulta: 22 ago. 2022. De hecho, un mismo bien no puede ser decomisado con base en el decomiso “clásico” y, posteriormente, su valor ser considerado para los efectos del decomiso ampliado (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *Idem*, p. 37).

⁵¹ Cfr. art. 9 de la Ley 5/2002.

⁵² Pues el art. 7 de la Ley 5/2002 exige la condena por un delito y no por un hecho antijurídico.

⁵³ En estas situaciones, puede existir decomiso ampliado en la medida en que la persona jurídica haya sido condenada, al menos, por la comisión de un delito de asociación delictiva u organización terrorista. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones, el grupo delictivo no es una persona jurídica susceptible de incurrir en responsabilidad penal (cfr. art. 11 del CP *a contrario sensu*).

Esas limitaciones podrían ser superadas a través de la previsión del decomiso civil *in rem* en la legislación portuguesa⁵⁴. La mejor solución sería la adopción de un régimen similar al de *civil recovery* en la legislación inglesa. Así, el decomiso se

⁵⁴ Así, NUNES, Duarte Rodrigues, “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, *passim*. El decomiso civil *in rem* está previsto en el ordenamiento jurídico de muchos países (por ejemplo, los Estados Unidos de América (ley federal y la ley de cada uno de los Estados federados), Italia, Australia (ley federal y la ley de cada uno de los Estados federados), Antigua y Barbuda, Cuba y otros países del Caribe, Cinco Provincias de Canadá (Ontario, Alberta, Manitoba, Columbia Británica y Saskatchewan), Colombia, Islas Fiyi, Irlanda, Malasia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido, Costa Rica, México, Albania, Bulgaria, Eslovaquia y Georgia), aunque asumiendo diferentes configuraciones.

En el Derecho italiano, existe el decomiso preventivo previsto en el art. 16 y ss. del *Codice Antimafia*. Así, en un procedimiento autónomo del proceso penal, tras el embargo de los bienes que estén a disposición (directa o indirectamente) de una de las personas mencionadas en el art. 16 (por ejemplo, personas sospechosas de pertenecer o colaborar con organizaciones criminales o terroristas, delincuentes habituales o personas que cometan actos preparatorios para subvertir el régimen democrático, como delitos de terrorismo, o pertenencia a organizaciones terroristas o de carácter fascista) y producidas las pruebas, el Juez acordará el decomiso siempre que existan indicios fundados de la verificación de una de las situaciones previstas en el art. 16 o los interesados no prueban que sus bienes, a pesar de incongruentes con sus ingresos lícitos, fueron adquiridos lícitamente. El estándar de prueba es la preponderancia de probabilidades y la carga de la prueba de que los bienes se obtuvieron lícitamente recae en las partes interesadas (cfr. PANZAVOLTA, Michele/FLOR, Roberto, “A Necessary Evil? The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 136 y ss.).

En el Derecho federal estadounidense, el decomiso civil está previsto en los §§981 y 983 a 987 del Título 18 del *United States Code of Federal Regulations (US Code)*. Así, en un proceso civil separado del proceso penal, el Tribunal puede declarar la decomiso de la llamada *tainted property*, que consiste en bienes que fueron adquiridos, directa o indirectamente, mediante la comisión de uno de los delitos mencionados en el §981, 1, del *US Code*, basándose el decomiso en una especie de *fictio juris* según la cual la culpa es de los bienes (cfr. MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milão, Giuffrè Editore, 2001, p. 283, y CASSELLA, Stefan, “Civil Asset Recovery, The American Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 18 y ss.). El estándar de prueba es la preponderancia de probabilidades y la carga de la prueba recae en el Estado (cfr. CASSELLA, Stefan, *Idem*, p. 17).

En el Derecho inglés, la “*civil recovery of the proceeds etc. of unlawful conduct*” (*civil recovery*) está prevista en la Parte 5 del *Proceeds of Crime Act (POCA)* de 2002 (§240 y ss.). Según la ley, el Juez puede acordar el decomiso de bienes que hayan sido obtenidos mediante actividades ilícitas o adquiridos con bienes así obtenidos, basándose el decomiso en el origen ilícito de los bienes en un procedimiento civil autónomo del proceso penal, (cfr. SMITH, Ian, “Civil Asset Recovery, The English Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 31-32). El estándar de prueba es la preponderancia de probabilidades (cfr. SMITH, Ian, *Idem*, p. 32-33), la carga de la prueba recae en el Estado y es necesario probar, incluso mediante prueba indiciaria, que los bienes fueron obtenidos de ilícitamente; no basta con demostrar que el interesado no tiene ingresos lícitos que “expliquen” su propiedad (cfr. SMITH, Ian, *Idem*, p. 58 e ss.). El decomiso puede incluir a bienes que estén en posesión de terceros, a menos que se trate de la víctima o de otras personas con respecto a las cuales la privación de los bienes sea materialmente injusta (por ejemplo, personas que recibieron los bienes como compensación en un procedimiento iniciado contra el imputado, personas que adquirieron la propiedad sin saber y sin tener que saber que la propiedad se obtuvo mediante la comisión de delitos, etc.) (cfr. SMITH, Ian, *Idem*, p. 62 e ss.).

acordaría en el marco de un procedimiento civil autónomo del proceso penal, siendo el decomiso civil *in rem* independiente del resultado del proceso penal⁵⁵ y la resolución que lo acordase no produciría ningún efecto a nivel procesal penal. En este procedimiento civil, después de que el Ministerio Fiscal (sobre el que recaería la carga de la prueba), el propietario de los bienes y los propietarios aparentes⁵⁶ (si los hubiere) de dichos bienes hayan producido las pruebas que tengan aportado, el Juez ordenaría el decomiso siempre que considerase, bajo el estándar de prueba del proceso civil (preponderancia de probabilidades) y con la posibilidad de recurrir a la prueba indiciaria, que esos bienes (o parte de ellos) fueron adquiridos mediante la comisión de delitos.

Al no depender de una condena penal más allá de toda duda razonable, el decomiso civil *in rem* permite una prosecución más eficaz de las finalidades del decomiso de ganancias ya que la obtención de los bienes mediante la comisión de un hecho delictivo (cualquier delito o hecho antijurídico⁵⁷) es demostrada por preponderancia de probabilidades y sin necesidad de una determinación precisa del tipo de infracción (basta una indicación genérica)⁵⁸, pues solo está en juego el origen de los bienes y no el establecimiento de responsabilidad penal⁵⁹.

Así, el decomiso civil *in rem* permite el decomiso de ganancias en situaciones en las que no es posible establecer un vínculo entre su obtención y la comisión de un hecho antijurídico determinado y también en situaciones en las que

⁵⁵ Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el decomiso civil puede ordenarse incluso si no se inicia un proceso penal (cfr. Decisión Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002) o se acorde el decomiso antes de que se dicte una sentencia condenatoria (cfr. Sentencia Gogitidze y Otros c. Georgia, de 12 de mayo de 2015, y Decisión Riel y Otros c. Italia, de 4 de septiembre de 2001) o absolutoria (cfr. Decisión Prisco c. Italia, de 15 de junio de 1999); y, teniendo lugar después de una sentencia absolutoria en el proceso penal, el decomiso también podrá acordarse desde que se base en hechos distintos de los que fueron objeto del proceso penal (cfr. Sentencia Geerings c. Países Bajos, de 1 de marzo de 2007, e Decisión Walsh c. Reino Unido, de 21 de noviembre de 2006). Todas las sentencias y decisiones del TEDH a las que se hace referencia están disponibles en el sitio web <https://hudoc.echr.coe.int/>, consultado el 23 de agosto. 2022.

⁵⁶ Los testafierros del verdadero propietario de los bienes.

⁵⁷ La comisión de un hecho antijurídico deberá ser suficiente ya que, por la naturaleza *in rem* del decomiso civil, es irrelevante que el delincuente haya actuado con culpabilidad y, en todo caso, la imposibilidad de imponer una sanción penal al delincuente (por ejemplo, porque es inimputable y no es peligroso) y de establecer un vínculo entre la ganancia y un concreto hecho delictivo no impide el decomiso de ganancias (cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 190, y BALSAMO, Antonio, “Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di “processo al patrimonio”. Il rapporto con le misure di prevenzione personali”, en BALSAMO, Antonio/CONTRAFATTO, Vania/NICASTRO, Guglielmo, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milán, Giuffrè Editore, 2010, p. 54).

⁵⁸ Como ocurre en el Derecho inglés (cfr. SMITH, Ian, “Civil Asset Recovery, The English Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 59, y BACARESE, Alan/SELLAR, Gavin, “Civil Asset Forfeiture in Practice”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 217 y ss.) y que el TEDH ha considerado que cumple con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (cfr. Decisiones Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002, y Walsh c. Reino Unido, de 21 de noviembre de 2006, Disponibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022).

⁵⁹ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 190.

no es posible condenar al imputado por la comisión de alguno de los delitos previstos en el art. 1, n. 1, de la Ley 5/2002, que son de muy difícil prueba. Y también permite el decomiso de ganancias en situaciones en las que los bienes están a disposición de una organización criminal (*lato sensu*) y su decomiso no es posible a la luz del decomiso “clásico” o el decomiso ampliado.

5 FINALIDAD DEL DECOMISO DE GANANCIAS

El decomiso de ganancias, en cualquiera de sus modalidades, tiene por finalidad el restablecimiento del orden jurídico patrimonial lesionado por la comisión de un hecho delictivo, decomisando las ganancias que, por haberse obtenido ilícitamente, no debieron obtenerse⁶⁰ y privando a quienes las obtuvieron (delinquentes, terceros de mala fe, organizaciones criminales *lato sensu*) de bienes que incluso pueden ser utilizados para continuar y/o disimular la actividad delictiva⁶¹.

Sin embargo, aunque reflexivamente, el decomiso de ganancias también prosigue finalidades de prevención general y especial⁶² ya que las ganancias obtenidas a través de la comisión de delitos pueden ser (y son frecuentemente) utilizadas en la continuación de la actividad delictiva y en su disimulación (y, por eso, el decomiso es, desde luego un mecanismo de prevención especial de incapacitación). Además, el decomiso (o la posibilidad de decomiso) de estas ganancias hará que los delinquentes sopesen los costos y beneficios de proseguir esa

⁶⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, p. 638, NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 404-405, en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 187-188, y en “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, in ALVES, Catarina Abegão et al., org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, v. II, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 307 y 309-310, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 62 y ss., CASSELLA, Stefan, “Civil Asset Recovery, The American Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 14 y ss., y Sentencias del Tribunal Constitucional n. 392/2015 y 476/2015, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

⁶¹ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 405.

⁶² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, p. 638, NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 404-405, en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 188, y en “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, in ALVES, Catarina Abegão et al., org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, v. II, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 307-308 y 310, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 62 y ss., CASSELLA, Stefan, “Civil Asset Recovery, The American Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 14 y ss., y Sentencias del Tribunal Constitucional 392/2015 y 476/2015, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

actividad delictiva⁶³ y pudiendo ser decomisados bienes que no hayan sido obtenidos mediante la comisión de los delitos que constituyen el objeto del proceso penal, el comiso de ganancias tiene un efecto disuasorio particularmente fuerte (ahora como mecanismo de prevención general y/o especial de intimidación). Asimismo, en los casos en que la ganancia esté destinada a financiar otra actividad delictiva (p. ej., llevar a cabo una actividad terrorista) o esa ganancia se utilice parcialmente para continuar esa misma actividad delictiva (p. ej., adquirir más droga o armas para futuras operaciones de tráfico), el decomiso de ganancias puede impedir o dificultar la prosecución de la actividad delictiva a la que se destinaron las ganancias obtenidas. Y, finalmente, el comiso de ganancias es un complemento importante de las sanciones penales impuestas al delincuente ya que si, una vez cumplida la pena, el delincuente pudiera disfrutar de los bienes obtenidos mediante la comisión del delito, las finalidades de prevención especial y general de la pena serían gravemente comprometidas.

6 NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO DE GANANCIAS

El TEDH estableció, en la Sentencia *Engels c. Países Bajos*⁶⁴, los criterios para distinguir entre “asuntos penales” y “asuntos no penales” (que ha seguido desde entonces) y en la Sentencia *Welch c. Reino Unido*⁶⁵, sostuvo que el decomiso de ganancias es una sanción penal siempre que, conforme a la ley, (1) se confisque el valor bruto obtenido mediante la comisión del delito y no el valor neto de la ganancia, (2) el Juez pueda fijar el *quantum* del decomiso en función de la culpabilidad del imputado o (3) exista la posibilidad de que, en caso de impago del valor decomisado, el decomiso se convierta en prisión.

Por tanto, en cualquiera de sus modalidades, el decomiso de ganancias no es una sanción penal ya que, como se ha dicho, solo el valor neto de la infracción es decomisado, el impago de la cuantía del decomiso no puede convertirse en una sanción penal y para determinar el *quantum* del decomiso no se tienen en cuenta ni la gravedad de la infracción ni la culpabilidad ni la peligrosidad del delincuente. Además, el decomiso no implica la punición del delincuente o del tercero de mala fe, sino únicamente su privación de una ganancia obtenida ilícitamente, por lo que, si bien el decomiso permite perseguir, de manera meramente reflexiva, fines de prevención general y especial, su finalidad primordial es el restablecimiento del orden jurídico patrimonial lesionado por la comisión de un hecho delictivo, decomisando las ganancias que, por haberse obtenido ilícitamente, no debieron

⁶³ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *Julgat Online, Fevereiro de 2017*, Disponible en <http://julgat.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/>, Consulta: 22 ago. 2022, p. 13, y Sentencias del Tribunal Constitucional 392/2015 y 476/2015, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

⁶⁴ Sentencia *Engels c. Países Bajos*, 8 de junio de 1976, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 de agosto. 2022. Estos criterios son: la calificación formal de la infracción en el sistema legal nacional, la naturaleza intrínseca de la infracción y el grado de severidad de la sanción imponible al infractor.

⁶⁵ Sentencia *Welch c. Reino Unido*, 9 de febrero de 1995, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

obtenerse⁶⁶ y privando a quienes las obtuvieron (delincuentes, terceros de mala fe, organizaciones criminales *lato sensu*) de bienes que incluso pueden ser utilizados para continuar y/o disimular la actividad delictiva⁶⁷. Así, el decomiso de ganancias es una medida de naturaleza no penal (civil, en el caso del decomiso civil *in rem*, y administrativa *sui generis*, en el caso del decomiso “clásico” y el decomiso ampliado) y no sancionadora⁶⁸.

7 ESTÁNDAR DE PRUEBA Y ADMISIBILIDAD DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DECOMISO DE GANANCIAS

Como se ha mencionado, el comiso de ganancias en todas sus modalidades es acordado bajo el estándar de prueba del proceso civil (preponderancia de probabilidades).

Teniendo en cuenta la finalidad principal y la naturaleza jurídica del comiso de ganancias, no son aplicables las garantías penales y procesales penales⁶⁹, debiendo asegurarse al imputado o al tercero de mala fe únicamente la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba lícitos que, en concreto, resulten necesarios para defender su posición procesal y evitar el decomiso. Por lo tanto, la aplicación del estándar de prueba de procedimiento civil (preponderancia de probabilidades) (salvo en relación a la prueba de los hechos constitutivos del hecho antijurídico, en el decomiso “clásico”, o delito, en el decomiso ampliado) y la inversión de la carga de la prueba en los términos antes mencionados (en el caso de decomiso ampliado) no infringen la Constitución portuguesa (CRP)⁷⁰ ni el CEDH⁷¹.

⁶⁶ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993, p. 638, NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 404-405, en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 187-188, y en “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, in ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, v. II, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 307 y 309-310, CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012, p. 62 y ss., CASSELLA, Stefan, “Civil Asset Recovery, The American Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Berlín, Duncker&Humblot, 2015, p. 14 y ss., y Sentencias del Tribunal Constitucional 392/2015 y 476/2015, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

⁶⁷ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 405.

⁶⁸ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 406-407, en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 188-189, y en “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam*, v. II, Lisboa, AAFDL, 2022, p. 308 y 310 y ss., con referencias bibliográficas y jurisprudenciales adicionales.

⁶⁹ Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 392/2015, 476/2015 y 498/2019, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

⁷⁰ Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 416 y ss., y en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 193 e ss., e Sentencias del Tribunal Constitucional n. 101/2015, 392/2015, 476/2015 y 498/2019, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

8 CONCLUSIONES

El decomiso de ganancias es imprescindible para, junto a la imposición de sanciones penales (cuya eficacia es complementada y incrementada por el decomiso de ganancias), combatir eficazmente la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia. Sin embargo, por las características de estas modalidades delictivas, el decomiso dependiente de la prueba de la comisión de un delito y la existencia de un vínculo entre la comisión de ese delito o hecho antijurídico y la obtención de la ganancia (decomiso “clásico”) es manifiestamente insuficiente.

Por eso, es necesario crear formas de decomiso que no dependan de una condena penal y el establecimiento de un vínculo entre la comisión del delito y la obtención de la ganancia, sea a nivel del decomiso “clásico” o de la creación de otras modalidades de decomiso, como el decomiso ampliado (incluso con presunción legal del valor correspondiente al valor total de los bienes del imputado cuyo origen lícito no resulta probado) y el decomiso civil *in rem*. Y siendo el decomiso de ganancias, en todas sus modalidades, decretado bajo el estándar de prueba del proceso civil, salvo en relación a la prueba de los hechos constitutivos del hecho antijurídico (en el decomiso “clásico”) o del delito (en el decomiso ampliado).

El decomiso de ganancias tiene por finalidad principal el restablecimiento del orden jurídico patrimonial lesionado por la comisión de un hecho delictivo, decomisando las ganancias que, por haberse obtenido ilícitamente, no debieron obtenerse y privando a quienes las obtuvieron (delincuentes, terceros de mala fe, organizaciones criminales *lato sensu*) de bienes que incluso pueden ser utilizados para continuar y/o disimular la actividad delictiva y solo reflexivamente finalidades de prevención general y especial, siendo una medida de naturaleza no penal (civil, en el caso del decomiso civil *in rem*, y administrativa *sui generis*, en el caso del decomiso “clásico” y el decomiso ampliado) y no sancionadora. Así, no le son aplicables las garantías penales y procesales penales y la aplicación del estándar de prueba del proceso civil (preponderancia de probabilidades) (salvo en relación a la prueba de los hechos constitutivos del hecho antijurídico (en el decomiso “clásico” – condición necesaria para imponer una pena o medida de seguridad –, con excepción de los casos de decomiso “clásico” sin condena) o delito (en el decomiso ampliado)) y la inversión de la carga de la prueba en los términos antes mencionados (en el decomiso ampliado) no infringen la CRP⁷¹ ni el CEDH.

9 BIBLIOGRAFÍA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Edición*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021.

⁷¹ Cfr. Sentencias Phillips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, y Gogitidze y Otros c. Georgia, de 12 de mayo de 2015, y Decisiones Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002, y Walsh c. Reino Unido, de 21 de noviembre de 2006, del TEDH, Disponibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

⁷² Cfr. NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019, p. 416 y ss., y en “Sobre a admissibilidade do confisco civil *in rem* de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 193 e ss., e Sentencias del Tribunal Constitucional n. 101/2015, 392/2015, 476/2015 y 498/2019, Disponibles en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

BALSAMO, Antonio, “Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di “processo al patrimonio”. Il rapporto con le misure di prevenzione personali”, en BALSAMO, Antonio/CONTRAFATTO, Vania/NICASTRO, Guglielmo, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, p. 33-57, Milán, Giuffrè Editore, 2010.

BORGES, Francisco, “Perda alargada de bens: alguns problemas de constitucionalidade”, en COSTA, José de Faria *et al.*, org., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, v. I, *Direito Penal*, p. 215-238, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2017.

CAEIRO, Pedro, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com os outros meios de prevenção da criminalidade reditória (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p. 267-321.

CASSELLA, Stefan, “Civil Asset Recovery, The American Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, p. 13-30, Berlín, Duncker&Humblot, 2015.

CHOCLÁN MONTALVO, José António, *El Patrimonio Criminal, Comiso y perdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001.

CORREIA, João Conde, *Da proibição do confisco à perda alargada*, Lisboa, INCM, 2012.

CUNHA, José Manuel Damião da, “Perda de Bens a favor do Estado. Arts. 7.º-12.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)”, en CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, p. 121-164, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

CUNHA, José Manuel Damião da, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, A Lei 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Oporto, Universidade Católica Editora, 2017.

DEUTSCHER BUNDESTAG, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, Disponible en <https://dserver.bundestag.de/btd/18/095/1809525.pdf>, Consulta: 22 ago. 2022.

DIAS, Augusto Silva, “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, en PALMA, Maria Fernanda/DIAS, Augusto Silva/MENDES, Paulo de Sousa, coord., *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 23-47.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Editorial Notícias, 1993.

FONTES, José/CRUZ, Nelson da, *Da Descoberta e da Recuperação dos Proveitos Ilegítimos*, Coimbra, Almedina, 2021.

GODINHO, Jorge Fernandes, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, en ANDRADE, Manuel da Costa *et al.*, org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 1315-1363, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

MARIANO, João Cura, “A perda de bens de terceiro relacionados com o crime”, en FERREIRA, Maria Raquel Desterro/CARDOSO, Elina Lopes/CORREIA, João Conde, org., *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, p. 137-184, Lisboa, INCM, 2018.

MAUGERI, Anna Maria, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milán, Giuffrè Editore, 2001.

NUNES, Duarte Rodrigues, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, *Julgar Online, Fevereiro de 2017*, Disponible en <http://julgar.pt/admissibilidade-da-inversao-do-onus-da-prova-no-confisco-alargado-de-vantagens-provenientes-da-pratica-de-crimes/>, p. 1-77, Consulta: 22 ago. 2022.

NUNES, Duarte Rodrigues, “Sobre a admissibilidade do confisco civil in rem de vantagens do crime”, *Anatomia do Crime*, n. 6, p. 177-205.

NUNES, Duarte Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Coimbra, Gestlegal, 2019.

NUNES, Duarte Rodrigues, *Os Crimes Previstos na Lei do Cibercrime*, Coimbra, Gestlegal, 2020.

NUNES, Duarte Rodrigues, *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, 2.ª Edición, Coimbra, Gestlegal, 2021.

NUNES, Duarte Rodrigues, “A incongruência do património no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes”, CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Recuperação de Activos*, Lisboa, 2021, Disponible en <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=O-xuCBK9tSs%3d&por talid=30>, Consulta: 19 ago. 2022, p. 11-37.

NUNES, Duarte Rodrigues, “Criminalidade organizada e economia lícita. *Intimidazione del vincolo associativo ou Joint Venture?*”, en VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord., *Criminalidade Organizada Transnacional, Corpus Delicti III*, p. 27-86, Coimbra, Almedina, 2021.

NUNES, Duarte Rodrigues, “O problema da confiscabilidade do património da organização criminosa”, en ALVES, Catarina Abegão *et al.*, org., *Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, v. II*, Lisboa, AAFDL, 2022

NUNES, Duarte Rodrigues, “La intervención de la delincuencia organizada en la economía legítima”, *Revista Internacional CONSINTER de Direito, Ano VIII, n. XIV, 1.º Semestre 2022*, p. 313-333.

PANZAVOLTA, Michele/FLOR, Roberto, “A Necessary Evil? The Italian “Non-Criminal System” of Asset Forfeiture”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, p. 111-149, Berlín, Duncker&Humblot, 2015.

RODRIGUES, Hélio Rigor, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes, Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, *Revista do Ministério Público n. 134*, p. 189-244.

RODRIGUES, Hélio Rigor/RODRIGUES, Carlos A. Reis, *Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira*, Lisboa, SMMP, 2013.

SMITH, Ian, “Civil Asset Recovery, The English Experience”, en RUI, Jon Petter/SIEBER, Ulrich, org., *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, p. 31-68, Berlín, Duncker&Humblot, 2015.

VELTRI, Elio/LAUDATI, Antonio, *Mafia pulita*, Milán, Longanesi, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, Contribución para la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Editorial Comares, 2009.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia Engels c. Países Bajos, de 8 de junio de 1976, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Sentencia Welch c. Reino Unido, 9 de febrero de 1995, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Decisión Prisco c. Italia, de 15 de junio de 1999, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Sentencia Phillips c. Reino Unido, de 5 de julio de 2001, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Decisión Riel y Otros c. Italia, de 4 de septiembre de 2001, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Decisión Butler c. Reino Unido, de 27 de junio de 2002, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Decisión Walsh c. Reino Unido, de 21 de noviembre de 2006, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Sentencia Geerings c. Países Bajos, de 1 de marzo de 2007, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Sentencia Gogitidze y Otros c. Georgia, de 12 de mayo de 2015, Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>, Consulta: 23 ago. 2022.

Portugal

Tribunal Constitucional

Sentencia 101/2015, Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

Sentencia 392/2015, Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

Sentencia 476/2015, Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

Sentencia 498/2019, Disponible en www.tribunalconstitucional.pt, Consulta: 22 ago. 2022.

Supremo Tribunal de Justiça

Sentencia de 5 de julio de 2012 (proc. 171/10.8JALRA-A.C1), Disponible en www.dgsi.pt, Consulta: 22 ago. 2022

Tribunal da Relação do Porto

Sentencia de 30 de abril de 2019 (proc. 1325/17.1T9PRD.P1), Disponible en www.dgsi.pt, Consulta: 22 ago. 2022

Alemania**Bundesverfassungsgericht**

Sentencia de 20 de marzo de 2002 (2 BvR 794/95), Disponible en <https://lexetius.com/2002,273>, Consulta: 19 ago. 2022.

España**Tribunal Supremo**

Sentencia 2123/1992, Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, Consulta: 19 ago. 2022.

Sentencia 599/2020, Disponible en <https://vlex.es/vid/852228321>, Consulta: 22 ago. 2022.

Revista Internacional Consinter de Direito, Portugal, ano IX, n. XVI, 1º semestre 2023.