

CAPÍTULO XIII

ENTRE PRESUNCIONES, ESTÁNDARES E INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA: EL RÉGIMEN PROBATORIO DEL DECOMISO AMPLIADO EN ESPAÑA, PORTUGAL Y BRASIL

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

Becario de la «Fundação para a Ciência e a Tecnologia - FCT». Doctorando en la Universidad de Coimbra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DECOMISO AMPLIADO. III. UNA MIRADA CRÍTICA IV. LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS REDUCIDOS DEL SISTEMA ESPAÑOL: ¿UNA POSIBLE SOLUCIÓN? V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Partiendo de la premisa de que «el crimen no puede compensar» — mucho menos económicamente— y de que una de las formas más efectivas para desarticular el crimen organizado es el «drenaje» de su capital, los instrumentos de recuperación de activos han experimentado una innegable expansión, especialmente en la persecución penal de delitos económicos, como la corrupción y el blanqueo de capitales¹.

1 Sobre las razones político-criminales de esta expansión: CORREIA, João Conde. *Da proibição de confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional - Casada Moeda, Lisboa, 2012, n.p., cap. I, sección 5; VERVAELE, John A. E. «Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n.º 1, 1998, pp. 39-56; 39.

Uno de los sistemas jurídicos que han seguido recientemente esa tendencia internacional es el brasileño, incorporando formas de decomiso ampliado en la «Ley de Drogas» (art. 63-F, incluido por la Ley 13.886/19) y en el Código Penal (Art. 91-A, incluido por la Ley 13.964/19). Sin embargo, a pesar del potencial de estos instrumentos, algunas de las cuestiones que ya han sido ampliamente debatidas (y que siguen siendo controvertidas) en sistemas más consolidados, como el de Portugal y el de España, también se observan en las nuevas legislaciones brasileñas. Resaltamos aquí los aspectos probatorios relacionados con el decomiso ampliado.

Observamos que, mientras algunos países prevén la presunción del origen ilícito de bienes incompatibles con el patrimonio lícito de una persona condenada por determinados delitos (como Portugal, en el Art. 7.º de la Ley 5/2002), otros establecen el cumplimiento de ciertos estándares probatorios para que se considere ilícita la procedencia de los bienes (como España, en el Art. 127 bis del CP Esp). En Brasil, el tema aún está lejos de ser pacificado por la incipiente doctrina y jurisprudencia con fundadas dudas sobre: ¿Quién tendría la carga de probar la (i)licitud del origen de los bienes del condenado? ¿Cuál sería el estándar necesario para considerar probado ese origen ilícito? ¿Tendría la acusación reales condiciones de cumplir con esa carga sin desnaturalizar las finalidades del instituto? ¿Sería admisible una eventual inversión de esa carga en perjuicio del condenado, a la luz de sus derechos y garantías, incluso de aquellos previstos en instrumentos internacionales (p. ej., las garantías judiciales del Art. 8 de la CIDH y a un proceso equitativo, del Art. 6 del CEDH)?

La presente investigación se centrará precisamente en esas cuestiones. Inicialmente, realizaremos un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre el decomiso ampliado y su previsión legal en los sistemas jurídicos de Portugal, España y Brasil, con especial atención al régimen probatorio (estándares, presunciones y posibles inversiones de la carga de la prueba). Si bien ese instituto ya está consolidado en los dos países ibéricos mencionados, demostraremos que aún existen muchas dudas sobre esas cuestiones. No solo en lo que se refiere a su interpretación y aplicación judicial, sino principalmente sobre las implicaciones que pueden tener en la funcionalidad del instituto y en los derechos y garantías de los acusados. Por ello, nuestra hipótesis, que será investigada y eventualmente probada al final del artículo, es que cualquier intento de invertir la carga de la prueba en perjuicio del acusado es inadmisibles, incluso en términos de recuperación de activos. A partir de esta constatación, trazaremos posibles alternativas de interpretación para el instituto en los ordenamientos jurídicos analizados que representen un «punto de equilibrio» entre los fines esperados del instituto y los derechos y garantías procesales de los afectados por él.

II. Concepto y evolución histórica del decomiso ampliado

Cuando hablamos de decomiso de bienes nos referimos a un conjunto de medidas mediante las cuales el Estado impone, a su favor, el dominio sobre determinados bienes y valores, poniendo fin a los derechos reales y obligacionales que sobre ellos existen, así como otras formas de protección jurídica de las posiciones fácticas sobre ellos, como la posesión².

En la base de su aplicación en el ámbito penal se encuentra la comprensión de que la criminalidad actual, en gran medida organizada y profesionalizada, tiene como uno de sus grandes propósitos la expansión de sus negocios y la potencialización de sus ganancias, y de que las penas privativas de libertad no son capaces, por sí solas, de transmitir el mensaje de que «crime doesn't pay». Por esta razón, la política-criminal en este ámbito ha buscado formas de alcanzar el patrimonio de los condenados a través de instrumentos de recuperación de activos³.

Las formas clásicas, tales como el decomiso de instrumentos y productos del delito, ya están bien establecidas en la mayoría de los sistemas legales. Sin embargo, en el contexto de una criminalidad compleja, el vínculo entre una determinada ventaja o producto y una determinada conducta ilícita suele ser de difícil identificación y prueba⁴. Por ello, los modelos de decomiso ampliado han experimentado una innegable expansión. En ellos, en términos generales, se acepta un estándar de prueba reducido en cuanto al origen ilícito de los bienes incongruentes de una persona condenada por determinados delitos, o incluso se presume que son ilícitos cuando se cumplen determinadas condiciones, redistribuyendo la carga de la prueba y permitiendo su decomiso cuando el imputado no logre probar su licitud⁵.

Si analizamos la historia de este instituto, podemos identificar una primera fase inicial de amplio uso de formas de pérdida de bienes, como se obser-

2 CAEIRO, Pedro. «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos «ilícito»)», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, 2013, pp. 454-501; 456.

3 En este sentido, el Considerando 1.º de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. También: CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. I, sección 5.

4 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, sección 4.

5 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação da presunção da origem criminosa do património como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada», *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, María ACALE SÁNCHEZ, Anabela MIRANDA RODRIGUES y Adán NIETO MARTÍN (coords.), BOE, Madrid, 2021, pp. 211-234; 212.

vaba en la Roma Antigua (en las *Lex Cornelia* y en los Digestos de Justiniano) y en los sistemas jurídicos de *Common Law* (en la época anglosajona, a través de las *Acts of Attainder* y de las *British Navigation Acts*)⁶. En el período de la Ilustración, sin embargo, la abolición del decomiso se consideró una agenda tan urgente como la abolición de la pena de muerte⁷, y luego estos instrumentos comenzaron a ser progresivamente abandonados o, al menos, reemplazados por formas de decomiso especial, que afectaban únicamente a los objetos e instrumentos del delito⁸.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX y especialmente con el comienzo del siglo XXI, estos mecanismos han vuelto a ser ampliamente utilizados, especialmente para hacer frente al crimen organizado. Inicialmente, para casos de contrabando, típicos de la primera mitad del siglo XX, ampliándose luego, a partir de los años 70, al tráfico de drogas, concretamente en los EE.UU., Reino Unido e Italia. A finales de siglo, se expandieron a todas las formas de criminalidad que generaban beneficios económicos. De hecho, en el siglo XXI, observamos dos característicos movimientos expansionistas: uno iniciado con la llamada «guerra contra el terrorismo», a partir de 2001, y otro en 2008, a partir de la gran crisis, con su expansión hacia la criminalidad típicamente económica⁹.

De este brevísimo análisis histórico es posible verificar que el decomiso ampliado es un instrumento que se sustenta en imperativos político-criminales, especialmente si consideramos que: i) el «móvil del sujeto» en las modalidades de crímenes aquí apuntadas es la obtención de ventajas patrimoniales¹⁰; ii) que la pena, para cumplir su función de contramotivo del ilícito y reafirmación de los valores que fundamentan la norma violada, debe ser capaz de anular los sentimientos de satisfacción personal y material en el agente infractor, quien debe también identificar un alto grado de probabilidad de ser sancionado en caso de transgresión¹¹; y, principalmente, iii) que en los instrumentos tradicionales de decomiso hay grandes dificultades para

6 Un análisis exhaustivo de los orígenes de este instituto se puede encontrar en: FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of confiscation laws: from the book of exodus to the war on white-collar crime», *Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Katalin LIGETI y Michele SIMONATO (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 53-76; 55.

7 PIETH, Mark. «Financing of Terrorism: Following the Money», *Financing Terrorism*, Mark PIETH (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2002, pp. 115-126; 117.

8 FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of...», *op. cit.*, pp. 57-58.

9 FERNÁNDEZ-BERTIER, Michaël. «The history of...», *op. cit.*, pp. 61-74.

10 ESSADO, Tiago Cintra. «Sequestro de bens, direitos e valores: a motivação das decisões judiciais na Operação Lava Jato», *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*, Kai AMBOS, Marcos ZILLI e Paulo DE SOUSA MENDES (coords.), Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 201-222; 203-204.

11 CAEIRO, Pedro. «Sentido e função...», *op. cit.*, p. 461.

probar el vínculo entre los bienes sujetos a un potencial decomiso y determinadas conductas ilícitas¹².

En vista de esto, varios fueron los ordenamientos jurídicos que adoptaran modelos de decomiso ampliado, siendo también importante mencionar el esfuerzo realizado por la Directiva 2014/42/UE, en el sentido de tratar de unificar su concepto en la UE y facilitar el proceso de reconocimiento mutuo de las decisiones que lo determinen¹³.

Pasaremos ahora al estudio de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Portugal.

III. Una mirada crítica a los sistemas portugués y brasileño de decomiso ampliado

En lo que respecta al sistema jurídico portugués, es importante mencionar que es la Ley 5/2002, de 11 de enero, la que regula, entre otras medidas dirigidas a combatir la delincuencia organizada, el decomiso ampliado. En su Art. 1.º, es presentada una lista de delitos que admiten la medida, en cuanto que en su Art. 7.º, son presentados los requisitos para su declaración: i) la condena por alguno de los delitos del Art. 1.º; y ii) la existencia de un patrimonio del acusado, que sea incongruente con sus ingresos lícitos. A partir de estos dos requisitos se presumiría el origen ilícito del patrimonio¹⁴, pudiendo ser esta presunción refutada por el acusado, de acuerdo con el Art. 9.º, si prueba: i) la licitud del origen del bien; ii) que el bien haya formado parte de su patrimonio por más de cinco años; o iii) que haya sido adquirido con vencimientos que hayan formado parte de su patrimonio por más de cinco años.

Existe cierta divergencia doctrinal sobre si habría necesidad de probar, aunque fuera en un estándar reducido, que la actividad delictiva anterior (que se presume) es del mismo género que la actual (que dio lugar a la decisión

12 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, sección 4; SOUZA, Cláudio Macedo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. «A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 118, 2016, pp. 233-271; 239; BOUCHT, Johan. *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 5.

13 DIAS, Maria do Carmo S. «“Perda alargada” prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º)» e «“perda do valor de vantagem de atividade criminosa” prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)», *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*, Maria Raquel DESTERRO FERREIRA, Elina LOPES CARDOSO y João CONDE CORREIA (coords.), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2018, n. p., cap. III, Sección 2; MAUGERI, Anna Maria. «La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work-in-progress”», *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, pp. 300-336, 315.

14 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, op. cit., cap. II, secciones 4.1-4.2.

de decomiso)¹⁵. Prevalece, sin embargo, que tal prueba sería una *diabolica probatio*, ya que sería prácticamente imposible probar la actividad delictiva anterior cuando no hubo pruebas suficientes para la condena por la misma, y muchas veces ni siquiera para la denuncia¹⁶.

El modelo brasileño, a su vez, no difiere demasiado del sistema portugués. En 2019 fue aprobada la Ley 13.886/19, que añadió el Art. 63-F en la «Ley de Drogas» y, poco después, la Ley popularmente conocida como «Anticrimen» (Ley 13.964) insertó el Art. 91-A en el Código Penal, previendo modalidades de decomiso ampliado. En ambos artículos se prevé la posibilidad de decretar la medida para delitos con pena máxima de más de seis años de prisión, procediendo así al decomiso de los bienes equivalentes a la diferencia entre el valor del patrimonio del condenado y el compatible con sus rendimientos legítimos.

La diferencia entre los dos dispositivos legales radica en un requisito adicional previsto por la Ley de Drogas, que es la existencia de elementos probatorios que indiquen una conducta delictiva habitual, reiterada o profesional del condenado o su vinculación con una organización criminal (Art. 63-F, § 1.º). A su vez, la disposición del CP no exige otro requisito que la demostración de la incompatibilidad patrimonial, presumiendo, de ella, la previa actividad delictiva e invirtiendo la carga de la prueba de la licitud o compatibilidad de los bienes¹⁷.

15 Ver: CAEIRO, Pedro. «Sentido e função...», *op. cit.*, p. 496; CUNHA, José Manuel Damião da. «Perda de bens a favor do Estado», *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, v. III, AA. VV., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 127-156; 131.

16 CORREIA, João Conde. *Da proibição de...*, *op. cit.*, cap. II, sección 4.4.

17 Es importante mencionar la existencia de una divergencia doctrinal en este punto. Para algunos autores, la Ley de Drogas no contempla una inversión de la carga de la prueba, ya que exige la demostración de dos requisitos obligatorios (convicción penal e incongruencia patrimonial) y dos alternativos (conducta delictiva habitual, reiterada o profesional o conexión con una organización criminal), todo ello a ser probado por la Fiscalía. El CP brasileño, a su vez, al no exigir la prueba de los requisitos alternativos antes mencionados, se basaría únicamente en una condena por un delito con pena de más de seis años de prisión y en la inconsistencia patrimonial, lo que no gravaría a la acusación con la producción de nuevas pruebas. Para esta parte de la doctrina, el régimen del CP brasileño asigna al demandado la carga de probar la licitud de sus bienes (en ese sentido, por todos: CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. «A inversão do...», *op. cit.*, pp. 815-819). Otra parte de la doctrina, sin embargo, sostiene que el CP tampoco opera a la luz de la inversión de la carga de la prueba. Para estos autores, correspondería a la Fiscalía probar determinados hechos (incompatibilidad patrimonial y condena por delitos con pena de más de seis años) y de estos hechos habría una presunción de ilicitud de los bienes. (En ese sentido, por todos: CUNHA, Vítor Souza. «O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias». *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 22, n. 2, 2021, pp. 782-814; 798-808). Por mucho que una solución como la propuesta por esta última corriente fuera, a nuestro juicio, la ideal, tenemos dudas acerca de si sería posible esa lectura de lege data del CP brasileño. En primer lugar, es importante señalar que, como mencionaremos más adelante, las reglas probatorias, si bien son complementarias, no

Haciendo un análisis conjunto de los sistemas brasileño y portugués, es posible identificar algunos puntos que nos parecen muy problemáticos. Como ya se destacó, en ambos ordenamientos el legislador optó por la presunción de la procedencia ilícita de los bienes incongruentes, cuando el acusado fue condenado por alguno de los delitos que permiten la medida. En el caso del CP brasileño, ni siquiera se menciona la presunción del origen delictivo, dando la idea de que es la propia incongruencia patrimonial la que se busca enfrentar. Al así hacerlo, los legisladores en cuestión invierten la carga de la prueba, admitiendo que el demandado refute la presunción con la demostración de la licitud o congruencia de los bienes o, en el caso portugués, del lapso de tiempo de 5 años desde que se adquirió el patrimonio o que recibió los rendimientos con los que lo adquirió.

A nuestro juicio, las opciones hechas por los legisladores no fueron las más adecuadas. En primer lugar, nos parece evidente que el decomiso debe llevarse a cabo respetando los derechos y garantías procesales de los individuos, especialmente en razón de los graves efectos que genera en los acusados y en sus familiares. Por lo tanto, no puede buscarse a toda costa¹⁸. Aunque debe observarse el imperativo moral de que «nadie debería beneficiarse de un delito», los derechos individuales de los afectados deben protegerse de manera efectiva¹⁹. La máxima «el fin justifica los medios» no puede de ninguna manera aplicarse sin mayores limitaciones, siendo necesario un equilibrio en este ámbito²⁰.

son excluyentes entre sí. Es decir, de la constatación de la existencia de una presunción *iuris tantum* (que, de hecho, a nuestro juicio, existe) y de la estipulación de un cierto estándar para que una hipótesis se considere probada, no se puede concluir que no haya una inversión de la carga de la prueba. La pregunta clave, a nuestro juicio, es: ¿cuál es la hipótesis a probar, en este caso? De hecho, el CP brasileño atribuye a la Fiscalía la prueba de la incompatibilidad de los bienes y la condena por un delito con pena de más de seis años. Sin embargo, es indiscutible que la hipótesis en cuestión a considerarse probada a partir de un determinado estándar es que «el patrimonio incongruente del Convicto es derivado de un delito anterior». Y aunque existan posiciones favorables y contrarias a esta solución, nos parece poco discutible que exista una presunción de esta procedencia delictiva basada únicamente en los dos requisitos antes señalados y que esta presunción sólo será eliminada si el imputado prueba la legalidad o congruencia de su patrimonio. En otras palabras, por más odiosa que sea esta solución, quien «pierde» en caso de insuficiencia de prueba, a la luz del CP, es el acusado, pues se presume ilícito su patrimonio incongruente. Finalmente, es importante mencionar que aún si se considera que existe «solo» una presunción (y no una inversión de la carga de la prueba), esta seguirá siendo una opción muy objetable.

18 PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, 2018, pp. 37-92; 83.

19 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 224.

20 BOUCHT, Johan. *The limits of...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

Es importante señalar que, cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre la posible vulneración de la presunción de inocencia (Art. 48, 1, CdFUE y Art. 6, 2, CEDH) por los mecanismos de decomiso ampliado (en los casos *Phillips v. Reino Unido*, de 2001, y *Van Offeren v. Países Bajos*, de 2005), el TEDH sostuvo que ese instrumento no constituía una nueva sanción penal y que por esa razón no se aplicaría en su ámbito la presunción de inocencia. Para ello, aplicó los llamados Criterios Engel (desarrollados en el caso *Engel v. Holanda*, de 1976), a través de los cuales llegó a la conclusión de que no se trataría de una nueva *criminal charge*. Además, consideró que la aplicación de la presunción de inocencia terminaría con la prueba de la culpabilidad del imputado y, por tanto, no sería aplicable en el marco del decomiso ampliado.

Sin embargo, estos entendimientos exigen, a nuestro juicio, una relectura crítica. Con respecto al primer punto, notamos que en la decisión del caso *Engel v. Reino Unido*, donde se desarrollaron dichos criterios, no se cuestiona sobre la naturaleza y la clasificación del procedimiento, como se hizo en el caso *Phillips*, sino sobre la naturaleza y clasificación de la ofensa²¹. Aunque parezca sutil, esta diferencia es muy relevante cuando se trata del decomiso, ya que, en la primera hipótesis, hay discrepancias entre los sistemas, sobre la naturaleza de los procedimientos en los cuales estos mecanismos podrían aplicarse (p. ej., procedimientos administrativos, civiles o penales) y también en cuanto a la naturaleza del decomiso en sí mismo. Sin embargo, cuando analizamos, por ejemplo, la ley portuguesa, y hablamos de «origen criminal», la naturaleza y clasificación de la ofensa antecedente es indiscutiblemente criminal. En otras palabras, nos parece que la invocación de los Criterios Engel muchas veces no se hace de manera integral para evitar que a los mecanismos de decomiso se apliquen algunas garantías procesales penales²².

En definitiva, entendemos que no se puede sostener, de manera general, que la presunción de inocencia no se aplicaría a los mecanismos de decomiso ampliado, ni invocar los Criterios Engel, sin analizar las particularidades de cada ordenamiento.

En cuanto al entendimiento de que la aplicación de la presunción de inocencia terminaría con la condena del acusado, debemos considerar que, en el contexto del decomiso ampliado, nos encontramos frente a dos núcleos de actividades ilícitas: 1) el delito por el cual el acusado fue condenado (requisito para el decomiso ampliado), del cual, de hecho, ya no se puede presumir su inocencia; y 2) la presunta actividad delictiva anterior, de la cual supues-

21 «Aquando de seu desenvolvimento inicial no caso Engel and Others v. United Kingdom, especialmente no que toca aos dois primeiros critérios por ele propostos, os mesmos foram aplicados questionando qual seria I) a classificação da ofensa no direito nacional e II) qual seria a natureza da ofensa. Por sua vez, no caso Phillips v. United Kingdom, conforme já apreciamos, são questionadas a classificação e a natureza do procedimento». JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 228.

22 *Idem*.

tamente se derivaría el patrimonio incongruente a ser confiscado. En cuanto a este segundo núcleo, no se puede descartar la presunción de inocencia, ya que nunca hubo ninguna condena²³.

De hecho, no hay un juicio de culpabilidad en el decomiso ampliado, pero existe la imposición de una consecuencia gravísima al acusado y a sus familiares, que depende de dos hechos también de naturaleza criminal²⁴, siendo imprescindible la aplicación de la presunción de inocencia, aunque sea de carácter diferido con respecto a la actividad previa. De hecho, nos parece un poco contradictorio fundamentar políticamente el decomiso en la necesidad de refuerzo del dictamen «crime doesn't pay», pero refutar las garantías procesales penales en una supuesta ausencia de juicio de censura y culpabilidad. Por lo tanto, en resumen, consideramos inapropiada la invocación indiscriminada del caso Phillips y de los Criterios Engel para descartar la aplicación de la presunción de inocencia al decomiso ampliado, ya que las particularidades fácticas²⁵ y de cada sistema legal deben ser consideradas²⁶.

Está claro que la presunción del origen ilícito del patrimonio incongruente adoptada por Portugal y Brasil es relativa, ya que admite la prueba en contrario. Sin embargo, no nos parece correcta tal presunción contraria al acusado en un procedimiento penal y tampoco la consecuente redistribución de la carga de la prueba. Esto se debe a que creemos que la presunción de inocencia no puede ser excluida por una norma procesal, ya que es el principio rector del contenido y de la estructura del proceso penal. Por lo tanto, esta presunción a favor de la Acusación sería inadmisibles incluso en el contexto de posibles consecuencias no penales de la sanción²⁷.

El propio TEDH, en la decisión del caso *Salabiaku v. Francia*, de 1988, reconoció la existencia de presunciones de hecho y de derecho, siempre que cumplan dos requisitos: que no operen automáticamente (o sea, que el tribunal pueda decidir sobre su aplicación) y que admitan pruebas en contrario de la defensa.

23 *Idem.*

24 Ver: BOUCHT, Johan. *The limits of...*, *op. cit.*, pp. 8-9; TEIXEIRA, Adriano. «Apresentação», *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, Adriano TEIXEIRA (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 9-15; 9.

25 De hecho, el propio TEDH ya ha señalado esta necesidad, en el caso *Geerings v. Los Países Bajos*, de 2007, al entender que se había producido la violación del Art. 6.2 en un determinado procedimiento de decomiso, considerando que las circunstancias de hecho eran diferentes de las de los casos de Phillips y Van Offeren, ya que los bienes derivaban de conductas ilícitas por las cuales el agente había sido absuelto.

26 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, p. 229.

27 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 350; 362.

En resumen, nos parece que la presunción del origen ilícito de los bienes incongruentes del condenado viola su presunción de inocencia en cuanto a las previas actividades supuestamente ilícitas. Aunque el vínculo formal del patrimonio incongruente sea con un delito por el cual el agente fue condenado (siendo, por lo tanto, culpable), su vínculo material, es decir, su concreta derivación, es de un hecho también de naturaleza criminal, que debería ser demostrado, aunque en un estándar reducido, y que no puede presumirse, porque hasta que se pruebe lo contrario, el agente es inocente. La mera incongruencia del patrimonio, añadida a una condena posterior por un determinado delito, no puede ser considerada suficiente para presumir el origen ilícito del patrimonio anterior, principalmente en los casos en que ni siquiera hay indicios de una «actividad criminal previa»²⁸.

Además, es importante mencionar que, en lo que respecta a Portugal, los obstáculos aquí señalados pueden tener relevantes consecuencias negativas en los procedimientos de reconocimiento mutuo de las decisiones portuguesas de decomiso ampliado. Dado que, a nuestro juicio, el sistema portugués previsto por la Ley 5/2002 viola la presunción de inocencia, que está expresamente prevista en los Art. 6.2 CEDH y 48.1 de la CdFUE. Observamos la posibilidad (en nuestra opinión, correcta) de invocación, por un tribunal extranjero, del motivo de recusa previsto en el Art. 19, H, del Reglamento (UE) 2018/1805, no reconociendo las decisiones portuguesas de decomiso ampliado cuando no se ha comprobado el origen ilícito del patrimonio incongruente²⁹.

Por lo tanto, a pesar de reconocer la importancia de los mecanismos de decomiso ampliado como un medio para hacer frente al crimen organizado, económico y al terrorismo, sostenemos que la continuidad de las discusiones doctrinales sobre el modelo portugués es fundamental. El hecho de que, en opinión del legislador portugués, el vector de «eficiencia» tiene prioridad sobre el vector de «garantía» en el decomiso, nos parece evidente. Pero incluso los propósitos de eficiencia pueden ser perjudicados si se rechaza el reconocimiento de las decisiones portuguesas debido al modelo adoptado.

En el caso de Brasil, una solución posible e imperativa, a nuestro juicio, sería la «interpretación conforme»³⁰ del Art. 91-A, segundo párrafo del CP

28 JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. «Da possível invocação...», *op. cit.*, pp. 231-232.

29 *Idem*.

30 «A interpretação conforme, como técnica de decisão judicial, costuma ser utilizada em três sentidos diversos. No primeiro, o ato impugnado é considerado constitucional, desde que interpretado no sentido fixado pelo órgão jurisdicional. No segundo, exclui-se uma das possíveis interpretações do dispositivo, por ser incompatível com a constituição. Nesse sentido, a interpretação conforme equivale à declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Por fim, a interpretação conforme pode ser utilizada para afastar a aplicação de uma norma válida a determinada hipótese de incidência possível. Em vez de uma dada interpretação ser considerada inconstitucional, ocorre a declaração de não incidência da norma em relação a uma específica situação de fato. Nesse caso, embora a norma seja

y del Art. 63-F, inciso 3, de la Ley de Drogas, considerando inconstitucional cualquier interpretación en el sentido de que de los términos «puedan demostrar la inexistencia de incompatibilidad o el origen lícito de los bienes» se interpretará una inversión de la carga de la prueba y presunción de ilicitud de los bienes, si el imputado no hace esa prueba.

IV. Los estándares probatorios reducidos del sistema español: ¿una posible solución?

El Art. 127 bis del CPEsp dispone que el juez debe ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los delitos allí previstos, «cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito».

Entre los indicios a tener en cuenta, el artículo señala que se valorarán especialmente: «1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. 2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. 3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida».

Un poco más adelante, en el Art. 127 quinquies, se encuentra otra hipótesis de decomiso ampliado, esto es, el decomiso ampliado por actividad delictiva previa continuada³¹. En ella, cuando se observen los mismos indicios y concurren los mismos requisitos, sumados a una actividad delictiva continuada anterior, el juez podrá determinar el decomiso de los bienes incongruentes, con las presunciones previstas en el Art. 127 sexies, que son: «1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos. 2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos proce-

considerada constitucional, sua aplicação ao caso concreto é afastada (inconstitucionalidade em concreto) ante as circunstâncias fáticas específicas». NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*, 11. ed., JusPodivm, Salvador, 2016, p. 207-208.

31 CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 192.

denes de su actividad delictiva. 3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas»³².

Al comparar el sistema español con los modelos brasileño y portugués de decomiso ampliado, es posible observar algunos aspectos positivos, pero también la repetición de algunas dificultades ya observadas en aquellos sistemas y que también fueron señaladas por la doctrina española³³.

El modelo previsto por los Artículos 127 bis y 127 quinquies no parece hacer presumir la actividad delictiva previa basándose en una simple incompatibilidad patrimonial, como lo hacen los legisladores portugués y brasileño. Por el contrario, el legislador español estipula indicios objetivos que deben ser valorados por el juez, que le permitirán concluir o no la procedencia ilícita³⁴.

Existe, es realidad, entendimiento doctrinal que sostiene la existencia de una presunción *iuris tantum* en el Art. 127 bis, la cual deberá ser rebatida por el acusado para que su patrimonio incongruente no sea decomisado³⁵. Esta no nos parece, sin embargo, la única lectura posible del artículo en cuestión.

Los estándares probatorios, las reglas sobre la carga de la prueba y las presunciones son normas probatorias complementarias, pero no excluyentes entre sí. Lo que hace el legislador español, en efecto, es definir el umbral de suficiencia probatoria (que es la indiciaria) para que se dé por probada la hipótesis de que los bienes tienen un origen ilícito. Una eventual *inversión de la carga de la prueba*, tal como existe en los sistemas portugués y bra-

32 Como observa Fabián Caparrós, el Art. 127 quinquies prevé una modalidad complementaria y aún más rigurosa de decomiso ampliado, aunque no obligatoria. Según el autor, la dureza de este artículo se manifiesta en las presunciones del Art. 127 sexies, en notable detrimento de las garantías más elementales del imputado. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448; 437-438.

33 Sobre algunas de estas controversias, ver: CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Decomiso y recuperación...*, op. cit., pp. 309 y ss.

34 En sentido semejante: GONZÁLEZ CANO, María Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 44.

35 Por todos: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-428; 412. Reconociendo la existencia de una presunción legal en el sistema español de decomiso ampliado, pero considerándolo constitucionalmente legítimo: NEIRA PENA, Ana M.. «Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes», *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE y Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-122; 99-100.

sileño, determinaría que, si no hay prueba suficiente de la licitud del bien incongruente, este sería ilícito. Y una *presunción de ilicitud*, también operada en esos sistemas, ocurriría en caso de que se aceptase la hipótesis (origen ilícita), salvo que se pruebe lo contrario³⁶. No nos parece que este sea el único entendimiento que puede extraerse del Art. 127 bis, pero sí de los Art. 127 quinquies y sexies, que prevén claramente una presunción *iuris tantum*.

Es importante señalar también, otro punto que nos parece problemático en el Art. 127 bis. Como explica Ferrer Beltrán, entre las carencias de las normas de derecho procesal en materia probatoria, se encuentran, por un lado, la apelación a elementos mentales o psicológicos del decisor (con empleo, p. ej., de términos como «íntima convicción» y «certeza subjetiva»), que no permiten el control intersubjetivo de su rectitud y ni tampoco son capaces de ofrecer garantías, como la presunción de inocencia. Por otro lado, cuando se formulan supuestos estándares de prueba, se hacen con extrema vaguedad, incompatible con su función de definir un umbral de suficiencia de la prueba³⁷.

A nuestro juicio, el legislador español hizo bien al llevar a cabo una breve reducción de la vaguedad del estándar probatorio, al definir el umbral de suficiencia probatoria (*indiciario*) necesario para que se considere probada la hipótesis en cuestión, esto es, *la procedencia ilícita de los bienes incongruentes*, determinando que ese estándar se logrará a la luz de los indicios objetivos previstos en los Artículos 127, bis, 2 y 127 sexies.

Sin embargo, observase la remisión a un estado mental del juez, mediante el uso de los términos «resuelva [...] que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva». A la luz de la concepción de que aquí partimos, poco importa si el juez cree o no en la procedencia ilícita de los bienes, sino si se ha alcanzado o no el umbral de suficiencia probatoria. Para eliminar la subjetividad en la definición de los estándares probatorios y, en consecuencia, permitir el control intersubjetivo de las decisiones, es fundamental que estos estándares se establezcan sobre la base de criterios que apelen a la capacidad justificativa de las pruebas respecto de la hipótesis a ser probada y no a la creencia del juez sobre los hechos o su confianza en su propia creencia³⁸.

V. Conclusiones

Como se pudo constatar a lo largo del artículo, el decomiso ampliado es un instituto que representa bien la dicotomía entre los vectores de la *eficiencia*

36 Sobre esta distinción teórica, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 154-167.

37 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, p. 19.

38 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción...*, *op. cit.*, pp. 192-204.

de las investigaciones y procedimientos penales y de las necesarias garantías de los acusados en ese ámbito. Por un lado, es evidente que se muestra como un instrumento crucial en términos político-criminales, especialmente para combatir el crimen organizado. Una vez considerada la importancia que los flujos de capitales ejercen en estas organizaciones, los mecanismos de recuperación de activos son, en efecto, fundamentales para la desarticulación de estos grupos y la contención de la criminalidad cometida por ellos.

Sin embargo, nos parece claro que la excesiva atención a la eficiencia del instituto, en desprecio de las más basilares garantías procesales penales de los investigados, no solo es inadecuada, desproporcionada y, en algunos casos, inconstitucional, como también puede ser incluso contraproducente en cuanto a los fines buscados por el instituto, tal como se observa en el caso portugués. Por ello, nos parece fundamental una lectura crítica de las disposiciones que determinan presunciones e inversiones de la carga de la prueba, en los procedimientos de decomiso ampliado.

En vista de lo anterior, la definición de estándares de prueba reducidos a los que deben lograr cumplir la acusación nos parece el camino más adecuado y equilibrado en la materia. En función de las mencionadas dificultades para demostrar la actividad delictiva anterior y probar la vinculación de esta con los bienes incongruentes, es justificado (y necesario para que el instituto cumpla sus finalidades) el establecimiento de estándares de prueba reducidos para que se considere probado el origen ilícito de los bienes y que se fundamente el decomiso. Sin embargo, por las razones aquí expuestas, nos parece inadmisibles que, paralelamente a este criterio, se imponga la carga de la prueba al demandado y más aún, que se presuma su origen ilícito a partir de la mera incongruencia patrimonial y la condena por determinado crimen.

VI. Bibliografía

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

BOUCHT, Johan. *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

CAEIRO, Pedro. «Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos "ilícito")» *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 100, 2013, pp. 454-501.

CARRILLO DEL TESO, Ana E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- CORREIA, João Conde.** *Da proibição de confisco à perda alargada*, Imprensa Nacional - Casada Moeda, Lisboa, 2012.
- CUNHA, José Manuel,** «Perda de bens a favor do Estado», *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, v. III, AA. VV., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 127-156.
- CUNHA, Vítor Souza.** «O confisco alargado no processo penal brasileiro: uma análise de suas regras probatórias». *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. 22, n. 2, 2021, pp. 782-814.
- DIAS, Maria do Carmo S.,** «"Perda alargada" prevista na Diretiva 2014/42/UE (Artigo 5.º)» e «"perda do valor de vantagem de atividade criminosa" prevista na Lei n.º 5/2002 (Artigos 7.º a 12.º)», *O novo regime de recuperação de ativos: à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs*. Maria Raquel DESTERRO FERREIRA, Elina LOPES CARDOSO y João CONDE CORREIA (coords.), Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2018.
- ESSADO, Tiago Cintra.** «Sequestro de bens, direitos e valores: a motivação das decisões judiciais na Operação Lava Jato», *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*, Kai AMBOS, Marcos ZILLI e Paulo de Sousa MENDES (coords.), Marcial Pons, São Paulo, 2019, pp. 201-222.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.,** «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448.
- FERNANDEZ-BERTIER, Michaël.** «The history of confiscation laws: from the book of exodus to the war on white-collar crime», *Chasing criminal money: challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, Katalin LIGETI y Michele SIMONATO (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 53-76.
- FERRER BELTRÁN, Jordi.** *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio B.,** «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE, Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS y Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-428.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel.** *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier.** «Da possível invocação da presunção da origem criminosa do patrimônio como motivo de não reconhecimento das decisões portuguesas de perda alargada», *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, María ACALE SÁNCHEZ, Anabela MIRANDA RODRIGUES y Adán NIETO MARTÍN (coords.), BOE, Madrid, 2021, pp. 211-234.
- MAUGERI, Anna Maria.** «La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work-in-progress"», *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2015, pp. 300-336.
- NEIRA PENA, Ana M.**, «Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes», *Decomiso y recuperación de activos: crime doesn't pay*. Ignacio Berdugo GÓMEZ DE LA TORRE y Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-122.
- NOVELINO, Marcelo.** *Curso de direito constitucional*, 11. ed., JusPodivm, Salvador, 2016.
- PIETH, Mark.** «Financing of Terrorism: Following the Money», *Financing Terrorism*, Mark PIETH (ed.), Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2002, pp. 115-126.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty.** «Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXVIII, 2018, pp. 37-92.
- SOUZA, Cláudio Macedo; CARDOSO, Luiz Eduardo D.**, «A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 24, n. 118, 2016, pp. 233-271.
- TEIXEIRA, Adriano.** «Apresentação», *Perda das vantagens do crime no direito penal: confisco alargado e confisco sem condenação*, Adriano TEIXEIRA (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2020, pp. 9-15.
- VERVAELE, John A. E.**, «Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, n. 1, 1998, pp. 39-56.