



**VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**Escuela de Doctorado “Studii Salamantini”  
Programa de Doctorado en Estado de Derecho y  
Gobernanza Global**

TESIS DOCTORAL

**EL DECOMISO DE GANANCIAS COMO INSTRUMENTO  
PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS**

ANA ELENA CARRILLO DEL TESO

Salamanca | 2017





VNiVERSIDAD  
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**Escuela de Doctorado “Studii Salamantini”**  
**Programa de Doctorado en Estado de Derecho y**  
**Gobernanza Global**

TESIS DOCTORAL

**EL DECOMISO DE GANANCIAS COMO INSTRUMENTO**  
**PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS**

ANA ELENA CARRILLO DEL TESO

Tesis Doctoral presentada para optar al título de Doctor por la Universidad de Salamanca, con Mención Internacional, dirigida por el Dr. D. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca) y el Dr. D. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS (Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca).

Dr. D. Nicolás Rodríguez García      Dr. D. Eduardo A. Fabián Caparrós

Salamanca | 2017



**A mi abuela Ana**



## **Agradecimientos**

La realización de una tesis es un camino largo, y son muchas las personas e instituciones que me han ayudado a llegar hasta el final, por lo que les expreso en estas líneas mi más sincero agradecimiento.

Antes que nada, la consecución de este logro no habría sido posible de no haber contado con una de las ayudas del Programa FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Quiero agradecer a mis directores, los doctores Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós, que hace años me propusieron un reto y me han acompañado hasta alcanzarlo, orientándome, aconsejándome y, sobre todo, dándome su confianza y su apoyo.

Extiendo mi agradecimiento a todos los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca que me han ayudado durante este tiempo, aunque fuera resolviendo cualquiera de esas dudas que nos atenazan a los doctorandos, y que han contado conmigo para sus actividades. Especialmente, a mis compañeros de fatigas, Javi y Lorena (te he echado en falta en el seminario).

Igualmente, quiero agradecer al Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia y, en concreto, al Dr. Luigi Foffani, Professore Ordinario di Diritto Penale, por acogerme durante mi estancia de investigación y darme la oportunidad de enriquecerme con la experiencia en otra universidad.

No me puedo olvidar de la Agrupación de Abogados Jóvenes de Salamanca, cuyos presidentes confiaron en mí para la elaboración de varias jornadas de formación, y de todos los profesores que colaboraron en su desarrollo.

Por supuesto, mi más profundo agradecimiento va para mis padres, por su infinito apoyo, su infinita paciencia, su infinita comprensión en los peores momentos y su implicación más allá de lo imaginable. Soy lo que soy gracias a vosotros. A mi hermano, que está ahí para sacarme una sonrisa, aunque ahora nos separe un océano. A mis abuelas, y al resto de mi familia, que siempre se han preocupado por mí.

Por último, son muchos los amigos que han estado conmigo hasta llegar aquí. Algunos, como Clara, llevan en mi vida desde que tengo uso de razón. A Jorge (Domin, qué pena que no puedas estar en la defensa), Kike, Carmen, Elena y Belén me los trajeron aquellos años «cruzrojiles».

Ángel, César, Carlos, Ica, Juanjo, Paco o Eli compartieron conmigo las aulas de Derecho. A Inés le tengo que hacer un aparte: desde el primer momento, unidas por lo chanante; en los últimos meses ha estado ahí siempre para darme un respiro en los momentos de agobio. Y ya Angie, Ani, Anita, Briz, Héctor, Lopa, Rober, Víctor, Pintu, a los que nos juntó un «pajarito». Por la edición de pdf, por los chirrismos, por las palmas...me habéis alegrado la vida. Tampoco puedo olvidar a Eleonora, Amos o Luca, que iluminaron los meses en el Collegio San Carlo de Módena, o a Mary (que ha revisado que no pusiera ninguna barbaridad en italiano).

En fin, a todos ellos, y a toda esa gente que ha estado presente en mi vida estos años de una forma u otra, y que han sido importantes: ¡muchas gracias!



# Índice

<b>Abreviaturas</b> .....	15
<b>Introducción</b> .....	19
<b>CAPÍTULO I. La política criminal de recuperación de activos</b> .....	27
1. Herramientas de la política criminal contra la delincuencia con ánimo de lucro .....	27
1.1. Premisa .....	27
1.2. La tipificación del blanqueo de capitales.....	33
1.2.1. Elementos del blanqueo de capitales para su definición .	35
a. Su concepción como proceso.....	35
b. El objeto del blanqueo .....	38
1.2.2. Origen y evolución de la tipificación del blanqueo de capitales.....	39
1.2.2.1. Iniciativas de Naciones Unidas.....	40
1.2.2.2. Iniciativas del Consejo de Europa.....	44
1.2.2.3. Iniciativas de la Unión Europea.....	47
1.2.3. Acogida en el ordenamiento español.....	51
1.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	55
1.3.1. Planteamiento.....	55
1.3.2. Modelos de imputación.....	61
1.3.3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española.....	64
1.3.3.1. El modelo de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal.....	64
1.3.3.2. El modelo de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal.....	69
1.4. El delito de enriquecimiento ilícito.....	73
1.4.1. Origen y desarrollo internacional.....	74
1.4.2. La reticencia a su tipificación en Europa.....	76

1.4.3. Propuestas para su introducción en el Código Penal español.....	81
1.5. Recuperación de activos.....	87
1.5.1. Recuperación de activos en sentido estricto y recuperación de activos en sentido amplio.....	87
1.5.2. Las etapas para la recuperación de activos.....	92
1.5.3. Origen de la estrategia de privación de bienes.....	95
1.5.4. Las Oficinas de Recuperación de Activos.....	97
1.5.4.1. Notas generales.....	97
1.5.4.2. La Oficina de Gestión y Recuperación de Activos.....	100
2. Progresos del decomiso del producto del delito y de la recuperación de activos en el plano internacional y supranacional.....	106
2.1. Naciones Unidas.....	106
2.1.1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.....	107
2.1.2. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.....	112
2.1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.....	113
2.1.4. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.....	115
2.2. Consejo de Europa.....	125
2.2.1. Convenio de Estrasburgo de 1990.....	125
2.2.2. Convenio de Varsovia de 2005.....	128
2.3. Unión Europea.....	132
2.3.1. Acción Común 98/699/JAI.....	133
2.3.2. Decisión Marco 2001/500/JAI.....	136
2.3.3. Decisión Marco 2003/577/JAI.....	136
2.3.4. Decisión Marco 2005/2012/JAI.....	140
2.3.5. Decisión Marco 2006/783/JAI.....	145
2.3.6. Directiva 2014/42/UE.....	149
2.3.7. Propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.....	158

<b>CAPÍTULO II. El decomiso en el sistema penal español.....</b>	<b>161</b>
1. Origen y evolución del decomiso.....	161
1.1. Antecedentes: las formas clásicas de confiscación.....	161
1.2. El comiso desde el Código penal de 1822 al Código penal de 1995.....	168
1.3. Regulación vigente del decomiso.....	182
2. Concepto.....	184
2.1. Elementos para su definición.....	184
2.2. Diferencias y nexos con otras figuras.....	192
2.2.1. Confiscación.....	193
2.2.2. Expropiación forzosa.....	194
2.2.3. Incautación, secuestro, embargo preventivo y congelación.....	195
2.2.4. Multa.....	198
2.2.5. Partícipe a título lucrativo.....	200
2.2.6. Responsabilidad civil <i>ex delicto</i> .....	204
3. El debate sobre la naturaleza jurídica del decomiso: toma de postura.....	209
4. Objeto del decomiso.....	222
4.1. Decomiso de bienes, instrumentos y medios.....	226
4.2. Decomiso de efectos.....	232
4.3. Decomiso de ganancias.....	237
5. Modalidades de decomiso y reglas de aplicación.....	239
5.1. Decomiso directo.....	240
5.1.1. Condiciones para su aplicación.....	241
5.1.2. Decomiso de segundo grado o subrogatorio.....	242
5.1.3. Decomiso en delitos imprudentes.....	246
5.2. Decomiso por sustitución o por valor equivalente.....	248
5.3. Decomiso ampliado.....	253
5.3.1. Antecedentes.....	254
5.3.1.1. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998.....	254
5.3.1.2. La regulación de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal.....	258

El decomiso de ganancias como instrumento para la recuperación de activos

5.3.2. Regulación actual: la dualidad de decomisos ampliados tras la LO	
1/2015.....	261
5.3.2.1. Decomiso ampliado «básico».....	261
5.3.2.2. Decomiso ampliado por actividad delictiva previa continuada.....	270
5.4. Decomiso sin condena.....	274
5.5. Decomiso de bienes en posesión de terceros.....	281
<b>CAPÍTULO III. El decomiso de ganancias.....</b>	<b>289</b>
1. Planteamiento.....	289
2. Naturaleza jurídica.....	291
3. Concreción de las ganancias decomisables.....	306
3.1. Definición de las ganancias del delito.....	306
3.2. Principio de ganancias brutas vs. principio de ganancias netas.....	311
3.2.1. Argumentos a favor del principio de ganancias netas.....	313
3.2.2. Argumentos a favor del principio de ganancias brutas.....	316
3.3. Particularidades del decomiso de ganancias en casos de corrupción pública.....	322
4. El decomiso de ganancias frente a los principios constitucionales del sistema penal.....	330
4.1. Principios de legalidad y seguridad jurídica.....	331
4.2. <i>Non bis in idem</i> .....	342
4.3. Principio de proporcionalidad.....	347
4.4. Principio de culpabilidad.....	362
4.5. Presunción de inocencia.....	367
4.6. Derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo.....	387
<b>CAPÍTULO IV. Aspectos procesales del decomiso.....</b>	<b>393</b>
1. Planteamiento.....	393
2. Investigación patrimonial: el especial rol del Ministerio Fiscal...394	
3. Medidas cautelares.....	403

4. Intervención de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso en el proceso penal.....	413
5. Procedimiento de decomiso autónomo.....	424
5.1. Modelos en derecho comparado.....	425
5.2. Naturaleza jurídica.....	434
5.3. Ámbito de aplicación.....	437
5.3.1. Decomiso autónomo por razón de oportunidad.....	440
5.3.2. Decomiso autónomo por razones de necesidad.....	442
5.4. Competencia.....	447
5.5. Partes.....	449
5.5.1. Legitimación activa.....	449
5.5.2. Legitimación pasiva.....	451
5.6. Procedimiento.....	452
5.6.1. Tramitación.....	453
5.6.2. Sentencia.....	455
5.6.3. Revisión de la sentencia firme.....	459
5.6.4. Investigación <i>ex post</i> del Ministerio Fiscal.....	460
6. La faceta transfronteriza del decomiso: el reconocimiento mutuo en la Unión Europea.....	462
6.1. La importancia de la cooperación internacional en materia de decomiso.....	462
6.2. Reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo preventivo y decomiso: la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.....	466
6.3. Resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.....	473
6.3.1. Disposiciones generales.....	473
6.3.2. Emisión y transmisión de la resolución de embargo preventivo de bienes.....	475
6.3.3. Ejecución de la resolución de embargo preventivo de bienes.....	476
6.4. Resoluciones de decomiso.....	479
6.4.1. Disposiciones generales.....	479
6.4.2. Transmisión de la resolución de decomiso.....	483
6.4.3. Ejecución de la resolución de decomiso.....	487

El decomiso de ganancias como instrumento para la recuperación de activos

7. Gestión y destino de los bienes.....	493
7.1. Gestión de los bienes.....	495
7.1.1. Destrucción.....	495
7.1.2. Realización anticipada.....	497
7.1.3. Utilización provisional.....	500
7.2. Destino definitivo de los bienes.....	502
7.2.1. Bienes a cargo del Fondo de bienes decomisados por trá- fico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.....	507
7.2.2. Bienes a cargo de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.....	511
<b>Conclusiones.....</b>	<b>517</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>527</b>
<b>Anexo I. <i>Introduzione</i>.....</b>	<b>573</b>
<b>Anexo II. <i>Conclusioni</i>.....</b>	<b>581</b>

## Abreviaturas

AC	Acción Común
apdo.	apartado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCEE	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990
CCEV	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005
CCom	Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885)
CE	Constitución Española (de 27 de diciembre de 1978)  Consejo de Estado
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma a 4 de noviembre de 1950
CF	Consejo Fiscal
cfr.	confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción, hecha en Caracas el 29 de marzo de 1996
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CNUC	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003

El decomiso de ganancias como instrumento para la recuperación de activos

CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000
CNUFT	Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999
CNUN	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988
CP	Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre)
CP 1822	Código Penal de 1822 (Decretado por las Cortes en 8 de junio)
CP 1848	Código Penal de 1848 (Real Decreto de 19 de marzo)
CP 1870	Código Penal de 1870 (Ley de 18 de junio)
CP 1922	Código Penal de 1922 (Real Decreto-Ley, núm. 1599, de 8 de septiembre)
CP 1932	Código Penal de 1932 (Ley de 27 de octubre)
CP 1973	Código Penal de 1973 (Decreto 3096, de 14 de septiembre)
CPP	Código Procesal Penal
Coord.	Coordinador, coordinadora.
CUACC	Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
Dir.	Directiva   Director, directora
DM	Decisión Marco
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas



Abreviaturas

DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
Ed./ ed.	Editor, editora/ edición
EOMF	Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre)
fasc.	fascículo
FATF–GAFI	<i>Financial Action Task Force</i> – Grupo de Acción Financiera
FGE	Fiscalía General del Estado
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1822)
LH	Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946)
LMLED	Ley Modelo para Latinoamérica sobre Extinción de Dominio, promovida por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en abril de 2011
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
núm.	número
ORGA	Oficina de Recuperación y Gestión de Activos
ORA	Oficina de Recuperación de Activos
p.	página
párr.	párrafo
pp.	páginas
PIB	Producto Interior Bruto

PRRM	Propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de las resoluciones de embargo y decomiso
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal)
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i> (Código Procesal Penal)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
V./v.	Véase o veáanse
v. gr.	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
vol.	volumen
vs.	versus
VV. AA.	Varios Autores

## Introducción

«Bisogna andarsene dall'Europa, non dall'Italia [...] perchè non si può più stare, qua futuro non ce n'è, sei sempre soto controllo [...]. Cosa più brutta della confisca dei beni non c'è». Este era el consejo que daba FRANCESCO INZERILLO, miembro de un importante clan de la mafia palermitana, a sus sobrinos: que se fueran, no solo de Italia, sino de Europa, que allí no iban a tener ningún futuro porque siempre estarían bajo control. Que no hay nada peor que el decomiso de los bienes.

Con esta llamativa frase cierra el artículo de *La Repubblica*, uno de los diarios más importantes de Italia, la noticia sobre los arrestos en Palermo y Nueva York en una operación transoceánica contra la mafia, allá por el 7 de febrero de 2008.

Esa última línea resume el *leitmotiv* de la política criminal de recuperación de activos contra la delincuencia con ánimo de lucro, especialmente la delincuencia organizada y la corrupción: hay que atacar el producto del delito y a los patrimonios criminales, ya que la acumulación de bienes —y, con ellos, de poder— es la principal motivación e incentivo de estos entramados. Aparentemente, les hace más daño verse privados del botín acumulado de la actividad delictiva que verse privados de su propia libertad.

Sin embargo, según el informe de Europol de 2016 sobre el decomiso de bienes en la Unión Europea entre 2010 y 2014, «Does crime still pay?», el 98,9% de los beneficios estimados del delito no se decomisan y permanecen a disposición de los responsables del delito. A todas luces se evidencia que no es muy alentador que solo se consiga privar a los delincuentes de una ínfima parte del producto del delito, sobre todo si tenemos en cuenta otras estimaciones: según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el producto del delito alcanza hasta un 3,6% del producto interior bruto mundial (PIB). Incluso solo en la Unión Europea el Instituto Transcrime calcula que los mercados ilícitos generaron alrededor de 110.000.000.000 anuales.

Si nos centramos en la corrupción, durante las últimas dos décadas la preocupación por este fenómeno ha alcanzado cotas nunca vistas. Uno de cada tres ciudadanos en la región de Europa y Asia Central piensa que la corrupción es uno de los principales problemas de su país, según el Barómetro Global de la Corrupción que Transparencia Internacional realizó en 2016. En el Rule of Law Index correspondiente a 2016 ningún país aparece completamente libre de corrupción, aunque Dinamarca se quede muy cerca. Fijando nuestra mirada en España, la corrupción se ha consolidado como uno de los principales problemas del país para los ciudadanos según el Barómetro del CIS, de manera permanente el segundo por detrás del paro, aunque en la última edición (octubre de 2017) haya quedado tercero, por detrás de la independencia de Cataluña.

Hasta ahora ha resultado imposible hacer un cálculo exacto del perjuicio económico que causan estas prácticas ilícitas, algo inherente a su condición de «pacto oculto». Aun así, el Informe Anti-corrupción de 2014 de la Comisión Europea dio el siguiente dato: el coste estimado de la corrupción a la Unión Europea es de ciento 120.000.000.000 euros al año. El Parlamento Europeo en un estudio de 2016 («The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption. Annex II-Corruption») da cifras aún peores: el coste de la corrupción en la Unión Europea oscila entre 179.000.000.000 euros y 990.000.000.000 euros, según la metodología. El mismo estudio estima que la corrupción supone unas pérdidas de dinero público para España de entre el 0,08% y el 9,58% PIB.

Aunque estas cifras son suficientes por sí mismas para causar alarma social y descrédito institucional, además hay que tener en cuenta el contexto de fuerte crisis económica que se ha vivido en los últimos años, caracterizados por recortes en servicios públicos y una política pública de austeridad. En España, han coincidido con un goteo incesante de escándalos de corrupción, fraude y blanqueo de capitales: Gürtel,

Púnica, Noos, Palma Arena, Malaya... Son nombres de tramas que nos hemos acostumbrado a tener en las noticias y ante los que el común de los ciudadanos pide «que devuelvan lo robado».

Esto nos lleva al punto de partida: la neutralización de las ganancias del delito, no solo como herramienta eficaz contra la delincuencia con ánimo de lucro, sino también como modo de finalizar la acción de la justicia y hacer que los bienes, que una vez estuvieron a disposición de los delincuentes y de su entorno, puedan cumplir una finalidad social. Partiendo de ello, el decomiso de las ganancias del delito se descubre como un medio idóneo para llevar a cabo esta privación de bienes y, por ello, lo hemos escogido como tema central de nuestra investigación, en la que nos hemos propuesto resolver una serie de cuestiones, tanto teóricas como prácticas.

Hemos comenzado planteando la recuperación de activos como política criminal contra los patrimonios criminales. Al respecto, cabe hacerse la pregunta de qué otros componentes conforman la política criminal contra la delincuencia con ánimo de lucro. En seguida, figuras como el delito de blanqueo de capitales nos vendrán a la cabeza, pero esta política criminal no solo consta de estas dos iniciativas complementarias del seguimiento del dinero —la tipificación de la ocultación y legitimación de los rendimientos delictivos, por un lado, y el seguimiento, localización, embargo y decomiso del producto, por otro—. También ha cobrado importancia en los últimos años la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que se pueda castigar a las empresas y sociedades cuando se cometan delitos en su seno para su beneficio, que será eminentemente económico o competitivo. Por último, aunque en los Estados miembros de la Unión Europea no se haya extendido su implantación, en América Latina y Asia es común la tipificación del enriquecimiento ilícito de funcionarios y autoridades, un tipo penal polémico por basar su aplicación en una inversión de la carga de la prueba. Todas estas figuras constan de elementos en su configuración

que desde la doctrina —o, incluso, los tribunales— se ponen en entredicho por su disconformidad, mayor o menor, con principios y garantías procesales constitucionales.

Volviendo a la «recuperación de activos», es una expresión que se ha popularizado enormemente a raíz de algunas iniciativas internacionales. No cabe duda de que el decomiso del producto, la privación de las ganancias del delito juega algún papel en la misma, pero ¿qué se entiende exactamente por recuperación de activos? ¿En qué sentido se usa actualmente esta expresión? No son los únicos interrogantes que nos hemos planteado en esta investigación, sino también cuáles son las etapas de esta estrategia y los elementos necesarios para su correcta terminación, en la que juegan un papel esencial las agencias especializadas.

A continuación, y dado el cariz internacional que tiene la difusión de la estrategia de recuperación de activos, se hace imprescindible plantearse cómo se ha desarrollado en los instrumentos internacionales y supranacionales, así como su evolución con el paso del tiempo. Por ello, la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea serán el foco de nuestra atención; y, en particular, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Una vez tenemos claro este marco general, la gran cuestión de esta investigación es cuál es el estado de la estrategia de recuperación de activos en el ordenamiento jurídico español y, en concreto, de su principal baza: el decomiso de ganancias. Para ello, en primer lugar, nos centramos en la teoría general del decomiso, figura que en el Código Penal sigue recibiendo un tratamiento prácticamente unitario pese a las muchas voces que abogan por diferenciar decomiso de instrumentos y decomiso del producto del delito.

La regulación del decomiso ha dado un vuelco con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. Sin embargo, para llegar al punto en el que estamos hoy se han quemado muchas etapas, primero con su antecedente más lejano, la pena de confiscación, y luego con la pena accesoria de comiso, presente desde el Código Penal de 1822 hasta la aprobación del Código Penal de 1995. En este pervive ya como «consecuencia accesoria» y aplicable a instrumentos, efectos y ganancias del delito.

Antes de evaluar la actual regulación del decomiso, nos detendremos a examinar su concepto y su relación con otras figuras, entre las que nos interesan especialmente la multa, la participación a título lucrativo y la responsabilidad civil *ex delicto*. Por supuesto, también atenderemos al debate sobre su naturaleza jurídica, que aún hoy, más de veinte años después de su inclusión en la rúbrica «de las consecuencias accesorias», sigue vivo.

Centrándonos en las disposiciones generales sobre decomiso, que actualmente ocupan los arts. 127 a 127 *octies* y 128 del Código Penal, tenemos dos bases en las que asentar nuestro estudio: la primera, el objeto material del decomiso, con relación a la cual es esencial aclarar qué podemos entender por decomiso de bienes, medios e instrumentos, qué por efectos y qué por ganancias, tanto para la jurisprudencia como para la doctrina, y por qué son figuras diferentes. La segunda son las diferentes modalidades de aplicación y cómo se alejan del decomiso más clásico o directo. Estas modernas modalidades de aplicación son el decomiso por equivalente, el decomiso sin condena o el decomiso de bienes en manos de terceros; y, muy especialmente, el decomiso ampliado, introducido por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, pero avanzado por la jurisprudencia.

En esta fase, ya habremos aclarado por qué son diferentes los distintos decomisos según su objeto material, y cuáles son las particularidades de la aplicación de este instituto, que ha suscitado, merecidamen-

te, un singular interés por parte de legisladores, doctrina y jurisprudencia de un tiempo a esta parte, en claro contraste con la indiferencia que se mostraba en etapas anteriores. Con todo, nos queda por desentrañar qué es lo que hace del decomiso de ganancias una figura merecedora de un análisis particularizado. Obviamente, su naturaleza jurídica — diversa y muy discutida— tendrá mucho que ver: las consecuencias de considerarlo parte de la respuesta penal o una consecuencia patrimonial, civil, del delito, no son menores. Pero también las dificultades a la hora de concretar qué se debe entender por ganancia del delito, como los debates suscitados en la doctrina extranjera acerca del cómputo de los gastos del delito, o de las ganancias decomisables en caso de obtención de contratos públicos mediante prácticas corruptas.

Una de las consecuencias de la naturaleza del decomiso de ganancias es la posible puesta en riesgo de los principios constitucionales y garantías procesales inherentes al sistema penal de un Estado de Derecho. Es relativamente fácil encontrar alusiones a la relación entre presunción de inocencia y decomiso ampliado, por el uso de presunciones legales, tan discutidas en el ámbito penal. Más allá de esta pieza clave del sistema penal, pueden verse comprometidos otros principios esenciales: legalidad, seguridad jurídica, *non bis in ídem*, proporcionalidad, culpabilidad, o derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo. Todos ellos son sensibles a la construcción que el legislador haga del decomiso y, por ello, nos proponemos analizar si la regulación actual es respetuosa con todos ellos.

Por último, por más que el decomiso de ganancias sea clave en la estrategia de recuperación de activos, no es ni mucho menos el único eslabón de la cadena de actuaciones que se han de llevar a cabo para que llegue a buen fin. En los instrumentos internacionales son comunes las referencias al seguimiento o rastreo de bienes y su localización. Es decir, una investigación patrimonial sólida es vital para el éxito de la recuperación. En este punto el Ministerio Fiscal tiene la consideración



de un actor principal dentro del sistema. También se mencionan constantemente al embargo y el congelamiento como acompañantes del decomiso del producto, lo que requiere que nos planteemos qué medidas de aseguramiento se pueden tomar en el ordenamiento español para el buen fin del decomiso.

Siguiendo con los aspectos procesales, la vorágine legislativa del 2015 no solo afectó a la regulación del decomiso en el Código Penal, sino que también introdujo novedades en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulando por fin dos materias necesitadas de atención: en primer lugar, la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados; y, en segundo lugar, y muy especialmente, el procedimiento de decomiso autónomo, que en un principio iba a servir para vertebrar el decomiso sin condena y cuya configuración final causa serios reparos en la doctrina.

Si hablamos de recuperación de activos, y si de la misma se pretende su efectividad, necesariamente nos debemos detener en la cooperación internacional en materia de decomiso, vital para que los productos del delito que, con frecuencia, son blanqueados en centros financieros extranjeros, vuelvan a su lugar de origen. En la Unión Europea se plasma en el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo preventivo y decomiso, que en España tiene su reflejo en la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Más allá de ello, y puesto que se trata de finalizar la acción estatal frente al producto del delito, habrá que atender a qué sucede con todos esos bienes a decomisar: tanto su gestión mientras se desarrolla el proceso, como su destinación una vez se ejecuta el decomiso. En este trance destaca la acción de dos órganos: el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, de reciente creación en 2015.

Por tanto, nos encontramos con que nuestro estudio no puede ser únicamente penal, ni procesal: se hace esencial una perspectiva de sis-

tema penal, en la que también la política criminal y los aspectos orgánicos estén presentes. Por otro lado, el relato o análisis lineal del decomiso se torna complicado por el entramado de figuras que interactúan en diferentes niveles, más todos los elementos que gravitan alrededor, lo que resulta en una red de medidas de contenido patrimonial. Hemos dejado fuera muchos temas que, aunque interesantes, no dejan de ser periféricos, como las agencias relacionadas con la investigación del blanqueo de capitales, o el papel de los paraísos fiscales.

Desde la academia hay tareas que no podemos desempeñar, aunque quisiéramos (como la resolución de esas investigaciones patrimoniales tan arduas) pero sí tenemos una importante función que cumplir. Podemos ayudar a clarificar figuras jurídicas complejas que van a jugar un papel esencial, facilitando su análisis y, con ello, su aplicación. O, al menos, podemos, y debemos, poner de manifiesto las carencias provocadas por la praxis del legislador, que es la manera de poder revertirlas.

## **Conclusiones**

### **PRIMERA**

Las herramientas pretendidamente más eficaces de la política criminal contra la delincuencia con ánimo de lucro giran en torno a la necesidad de superar las dificultades probatorias y aligerar la investigación patrimonial. Así, en la responsabilidad penal de la persona jurídica se hace responsable a la empresa de tener un programa de *compliance* adecuado para evitar delitos en su seno. Por su parte, en el blanqueo se amplían las conductas punibles, de manera que se pueda castigar cualquier acción relacionada con el producto del delito. En el delito de enriquecimiento ilícito directamente se habla de inversión de la carga de prueba, que también está presente en el decomiso ampliado. Esta es una de las nuevas formas de decomiso surgidas en las últimas décadas como parte de la política criminal moderna contra las consecuencias patrimoniales del delito.

### **SEGUNDA**

La fundamentación de la recuperación de activos en su condición de medio eficaz de lucha contra la delincuencia con ánimo de lucro, que «les golpea donde más les duele», es justificar una medida no tanto en su legitimidad —que acaso se da por supuesta— y sí en su eficacia. Este un enfoque erróneo y, en cierta medida, insuficiente. Posiblemente es eficaz, pero sobre todo es legítima, es justa, ya que supone la finalización y el perfeccionamiento de la persecución del delito. Esto no otorga a todas las figuras reguladas con este propósito una legitimidad inherente: el fin no justifica los medios.

### **TERCERA**

Los instrumentos internacionales y supranacionales que, de una manera u otra, tratan el decomiso del producto del delito, piden a los Esta-

dos, más o menos veladamente, la inversión de la carga de la prueba; de hecho, en la Convención de Viena de 1988 se usa directamente esta expresión. Esta petición suele estar flanqueada por una cláusula que la suaviza o dulcifica: el necesario respeto a los principios constitucionales y las garantías procesales del ordenamiento interno. Los legisladores nacionales han terminado incluyendo esta inversión, en la Unión Europea, en la forma de decomiso ampliado, escudándose —como en el caso español— en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Se completa, así, un círculo vicioso en el que, como resultado, se resienten las garantías del sistema penal.

#### **CUARTA**

En la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción la recuperación de activos tenía un sentido muy claro: repatriar los fondos expropiados por prácticas corruptas que habían terminado en un centro financiero extranjero. Este sentido se fue difuminando poco a poco hasta referirse simplemente a la privación al delincuente de los bienes producto del delito a los que se da un destino concreto. En todo caso, mientras que en la recuperación de activos estamos ante la acción finalizada frente al producto del delito, el decomiso es el concreto instituto que permite que la titularidad de los bienes pase a ser del Estado.

#### **QUINTA**

La política criminal contra la delincuencia con ánimo de lucro es una política de «más es más»: más medidas, más tipos, más conductas punibles, más ámbitos de aplicación... La finalidad es no dejar espacio posible a la impunidad del delincuente, ni al disfrute del producto del delito. El legislador español ha dado buena cuenta de ello en el peor sentido posible, sin una reflexión sobre las figuras que ya existían en el ordenamiento y sobre cómo van a interactuar todas ellas conjuntamente. Así, por ejemplo, el decomiso de terceros engulle la participación a título lucrativo, los indicios para el decomiso ampliado chocan con las con-

ductas típicas del blanqueo, en la jurisprudencia se usan los mismos indicios para todo. Al final, la inflación que ha experimentado la regulación del decomiso en las últimas reformas penales no ha sido menos problemática que la pasada dejación del legislador respecto a esta figura.

### **SEXTA**

Con más o menos intensidad han existido diferentes figuras o incluso soluciones jurisprudenciales para evitar consolidar enriquecimientos ilícitos a partir de la actividad delictiva. Sin embargo, existían obstáculos insalvables a través de las formas tradicionales de intervención. Frente a ello, las modernas formas de decomiso nacen para vencer estos obstáculos. Por ello, el decomiso ampliado surge para paliar la dificultad de una investigación patrimonial que genere pruebas que lleven al órgano judicial a un convencimiento más allá de toda duda razonable. Ante una prueba más vaga, a través de la condena por un delito neutralizamos ganancias de las que hay indicios de que proceden de otros. Por su parte, el decomiso sin condena pone solución a las situaciones en las que, si bien está contrastado que los bienes son de origen ilícito, no se puede condenar por los mismos a consecuencia de una serie de situaciones tasadas. Finalmente, el decomiso de bienes en posesión de terceros es una solución frente a testafierros y formas de participación en el delito no constatables. A la vista de todo ello, se puede constatar como alguna de las modernas formas de decomiso se asemeja cada vez más a la antigua pena de confiscación.

### **SÉPTIMA**

En el sistema penal podemos encontrar toda una escala de respuestas multinivel para el tercero que saca provecho económico de un delito: por un lado, puede ser autor de los delitos de receptación o blanqueo si se verifican todos los elementos del tipo. En todo caso, los bienes pueden ser decomisables y, siempre que se trate de un delito del que pueda

derivar responsabilidad civil, queda la opción de su declaración como partícipe a título lucrativo. La intensidad de la respuesta penal dependerá, obviamente, de la fortaleza de la prueba.

#### **OCTAVA**

Es palpable que la modernización de la regulación del decomiso, su paulatina ampliación y su vis expansiva han tenido poco que ver con el seguimiento de los instrumentos y efectos del delito, aunque sea hayan visto arrastrados en esta inercia normativa, al menos en el ordenamiento español. Esta situación se debe enteramente a la búsqueda de la neutralización de las ganancias ilícitas o, mejor dicho, del producto, término usado en instrumentos internacionales y por el que aboga parte de la doctrina. Baste con echar un vistazo a estos instrumentos para comprobar que el objetivo de estas medidas es anular la motivación de la delincuencia con ánimo de lucro. El decomiso de ganancias, las modernas formas de efectuarlo y las vías procesales que se articulan para ello, son el núcleo de la política de recuperación de activos.

#### **NOVENA**

Es necesario racionalizar todo el catálogo de medidas patrimoniales, empezando por la interacción entre responsabilidad civil y decomiso. También hay que regular, de una vez por todas, el decomiso como una categoría propia, no dentro de unas «consecuencias accesorias» que han perdido cualquier cohesión interna que pudieran llegar a tener. El decomiso, o «los decomisos», como categoría, englobaría una serie de figuras unidas por el efecto común de la privación de uno o bienes al sujeto afectado cuya titularidad se traspa al Estado.

#### **DÉCIMA**

Consideramos imprescindible la separación del tratamiento jurídico y judicial del decomiso de instrumentos (tanto punitivo como de aseguramiento), del decomiso de efectos y del decomiso de ganancias (o la

adopción del más extendido concepto de producto), así como la definición de cada una de estas modalidades. Las diferencias del decomiso de ganancias respecto del decomiso de instrumentos y efectos lo dotan de una entidad suficiente como para merecer una regulación diferenciada, siguiendo el modelo alemán o suizo, en los que se regulan por separado el *Verfall* y el *Einziehung*. La virtud de esta separación reside en que las formas modernas de decomiso que buscan la neutralización del producto del delito para desincentivar la gran delincuencia del beneficio o con ánimo de lucro se restringen al *Verfall*, lo que dota a la regulación de una mayor racionalidad. Si para la creación en España de la Oficina para la Recuperación y la Gestión de los Activos se buscaron modelos óptimos en el Derecho comparado, no comprendemos por qué no se procedió de idéntica forma en orden a la regulación del decomiso.

#### UNDÉCIMA

Uno de los principales problemas a estudiar en materia de recuperación de activos tiene que ser el mayor distanciamiento de los bienes respecto de los hechos enjuiciados que implican las modernas formas de decomiso. Planea en todo momento la intención —o la necesidad— del legislador de salvar el escollo que implica probar el nexo de causa-efecto o de medio-consecuencia entre los bienes y los hechos ilícitos. Así, mientras que en decomiso clásico o directo la relación de los concretos bienes cuyo decomiso se plantea y los hechos debe quedar probada meridianamente, en el decomiso por equivalente habrá que probar que ha habido unos bienes relacionados con el delito para, posteriormente, decomisar otros o una cantidad por el mismo valor. En estas situaciones la prueba se vuelve cada vez más difusa hasta llegar a las presunciones establecidas para el decomiso ampliado, punta de lanza de la estrategia de privación del producto del delito, cuando menos en el marco de la Unión Europea.

### **DUODÉCIMA**

Como en los sistemas penales modernos proliferan las disposiciones simbólicas, nos podemos preguntar si la regulación actual del decomiso está en riesgo de caer en ese simbolismo, en regularse solo para dar cumplimiento a directivas europeas o tratados internacionales, sabiendo que a la postre, en la realidad forense, esa nueva normativa terminará siendo inaplicada o inaplicable. A nuestro juicio puede resultar simbólica en alguna de sus acepciones, especialmente en lo que a narcotráfico se refiere, pero está lejos de ser inaplicada, y mucho menos en el contexto español, donde jueces y tribunales tradicionalmente han tomado importante ventaja al legislador en la expansión de los contornos del decomiso.

### **DECIMOTERCERA**

Analizada la jurisprudencia habida hasta el momento, no se puede esperar ninguna contención por parte de jueces y tribunales, ni ningún debate acerca del cálculo de los bienes decomisables, como por ejemplo el habido en Alemania sobre el decomiso de ganancias netas y brutas, o sobre el decomiso en casos de contratos públicos obtenidos con prácticas corruptas. En el caso español, han sido los órganos jurisdiccionales quienes han expandido los límites del decomiso mediante la interpretación amplia de los conceptos de efectos, primero, y de ganancias posteriormente. De esta manera, han suplido lagunas problemáticas achacables directamente al quehacer periódico del legislador.

### **DECIMOCUARTA**

La actividad judicial en materia de decomiso ha tenido un efecto adverso, ya que, conforme el legislador iba actualizando la norma para incorporar el decomiso de ganancias o el decomiso ampliado, en la jurisprudencia simplemente se ha ido acumulando doctrina sin la debida actualización. De esta manera, los conceptos de efectos y ganancias confluyen, y la jurisprudencia sobre decomiso ampliado se viene repitiendo



imperturbablemente desde 1998, casi ajena a los cambios legales o, directamente, copiando el preámbulo de la normativa reformadora, tal y como ha sucedido con ocasión de la última reforma penal.

#### **DECIMOQUINTA**

La acción desenfrenada e irreflexiva del legislador penal no solo ha dado lugar a reglas de aplicación del decomiso que dificultarán su tarea a jueces y tribunales, sino que se ven resentidos en mayor o menor grado los principios y garantías básicos del sistema penal de todo Estado de Derecho. Así, frente al principio de legalidad, falta la necesaria taxatividad y claridad de las leyes; la seguridad jurídica flojea ante la maraña de figuras cuyos presupuestos se solapan; la proporcionalidad se ve afectada con la aplicación del decomiso ampliado a un catálogo tan extenso de delitos; la redacción del decomiso de bienes en posesión de terceros hace pensar en un reproche por falta de diligencia; la presunción de inocencia y los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo pueden verse afectados por el decomiso ampliado.

#### **DECIMOSEXTA**

Una de las quejas recurrentes —y debidamente motivadas— de la doctrina es que las reformas penales no van acompañadas de las correlativas reformas procesales, o más bien que no se piensan en clave de sistema penal. La actividad del legislador durante el 2015, que supuestamente daba respuesta a esta demanda, ha sido decepcionante: el intento ha resultado en tramitaciones caóticas y deficientes, y en el establecimiento de un procedimiento de decomiso autónomo que no responde a los fines que debería. De hecho, las reglas de aplicación, tanto en la norma penal como en la procesal, llegan a contradecir el propio espíritu de las figuras que regulan.

### **DECIMOSÉPTIMA**

La política criminal de recuperación de activos impone hoy en día crear mecanismos que eviten el disfrute del producto de las actividades delictivas, especialmente cuando los autores de los hechos han conseguido de alguna forma esquivar la acción de la justicia. Si la situación patrimonial ilícita ha quedado suficientemente acreditada, ésta debe poder ser revertida mediante el decomiso sin condena. Sin embargo, nos parece preocupante fundar el recurso a esta figura en que las garantías del proceso penal son un obstáculo, pensamiento, por otra parte, muy extendido respecto al sistema penal. A consecuencia de todo ello consideramos que sortear las trabas de las garantías penales parece el propósito del legislador desde el momento en el que proclama el carácter no penal de las nuevas formas de decomiso, en concreto del decomiso autónomo.

### **DECIMOCTAVA**

Valoramos positivamente el desarrollo del decomiso sin condena y la introducción de un procedimiento adecuado para su articulación, así como la doble vía para su utilización, que puede ser muy útil para descongestionar procesos en los que la investigación patrimonial es especialmente complicada. El modelo de procedimiento dependiente del proceso penal principal es más adecuado para nuestro ordenamiento, por más que el legislador haya querido llamarlo «decomiso autónomo». Sin embargo, creemos que la introducción de estas medidas merecía un mejor análisis de las necesidades de nuestro sistema y no buscar tanto el cumplimiento de normativa europea e internacional, en el que el legislador patrio siempre se excede. Un ejemplo de este proceder, difícilmente justificable, es que el decomiso sin condena sea aplicable también a los supuestos en los que quepa decomiso ampliado, o la aplicación automática del decomiso ante la falta de contestación a la demanda.

### **DECIMONOVENA**

Pareciera que el legislador haya querido plasmar la naturaleza particular del decomiso sin condena, ni enteramente penal ni enteramente civil, en un procedimiento igualmente *sui generis* que termina siendo un híbrido de procedimiento civil y penal de difícil intelección. Hubiera sido preferible desarrollar todos los aspectos de este procedimiento sin referencia al juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque se hubiese inspirado en el mismo. A nuestro entender, la técnica legislativa es ciertamente confusa, especialmente la previsión de la investigación a posteriori del Ministerio Fiscal, que puede presentar problemas en relación al principio acusatorio y al derecho de defensa. Además, resulta incompatible con la finalidad del procedimiento y las disposiciones sobre concreción del objeto de decomiso en la demanda.

### **VIGÉSIMA**

La experiencia nos viene demostrando que no se puede hablar de verdadera recuperación de activos sin una eficaz cooperación policial y judicial internacional. En este sentido, el gran cambio en los instrumentos internacionales es que se compele a los Estados a la devolución de los bienes a su Estado de origen. Aun así, la concreción de las reglas sigue dependiendo en gran medida de los acuerdos bilaterales que puedan alcanzar los Estados que se relacionen. En la Unión Europea, el escenario judicial, con el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones de embargo y decomiso —plasmado en España en la Ley 23/2014—, es más ágil y directo. No obstante, si la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso sigue su cauce, se va a dar un importante paso, puesto que sus normas serán directamente aplicables, sin necesidad de trasposición por los Estados miembros y, por tanto, sin los consabidos problemas de armonización.

## **VIGESIMOPRIMERA**

En el último decenio se han hecho importantes avances en la recuperación de activos. Sin embargo, falta también fortalecer dos puntos críticos: de un lado, la investigación previa, no sólo de cara al rastreo y localización de los bienes, sino también para conformar la posterior actividad probatoria. De otro lado, la gestión y destino de los bienes decomisados, garantizando que vuelvan a su país de origen y se empleen en políticas de ayuda a las víctimas del delito y al fortalecimiento de las instituciones democráticas y la administración de justicia, para lo que son necesarios órganos especializados que cuenten con la suficiente dotación personal y de medios. Sin embargo, a la hora de configurar las instituciones de decomiso no debemos perder de vista el respeto de las debidas garantías penales y procesales, y no caer en el exceso confiscatorio por el que medidas similares en los siglos pasados fueron denostadas por su desproporción y finalidad recaudatoria, razones por las cuales progresivamente cayeron en desuso.

## **Anexo I. Introduzione**

«Bisogna andarsene dall'Europa, non dall'Italia [...] perché non si può più stare, qua futuro non ce n'è, sei sempre sotto controllo [...]. Cosa più brutta della confisca dei beni non c'è». Questo fu il consiglio dato da FRANCESCO INZERILLO, membro di un importante clan della mafia palermitana, ai suoi nipoti: lasciare non solo l'Italia, ma anche l'Europa, dove non avrebbero futuro perché sarebbero sempre sotto controllo. Non c'è niente di peggio che la confisca.

*La Repubblica*, uno dei più importanti quotidiani italiani, chiude, con questa frase accattivante, l'articolo del 7 febbraio 2008 sugli arresti contro la mafia condotti in un'operazione transoceanica tra Palermo e New York.

Quest'ultima linea riassume il leitmotiv della politica di recupero dei beni criminali contro la criminalità a scopo di lucro, in particolare la criminalità organizzata e la corruzione: i proventi della criminalità e dei beni criminali devono essere attaccati, poiché l'accumulo di beni - e con essi di potere - è la principale motivazione e incentivo per queste reti. Apparentemente, gli fa più male essere privati del bottino accumulato attraverso attività criminose che essere privati della propria libertà.

Tuttavia, secondo la relazione di Europol 2016 sulla confisca dei beni nell'Unione Europea tra il 2010 e il 2014, «Does crime still pay? », il 98,9% dei proventi di reato stimati non viene confiscato e rimane a disposizione dei responsabili del reato. Chiaramente, non è molto incoraggiante che i criminali possano essere privati solo di una piccola parte dei proventi del crimine, soprattutto se prendiamo in considerazione altre stime: secondo l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la Droga e il Crimine (UNODC), i proventi del crimine rappresentano fino al 3,6 per cento del prodotto interno lordo (PIL) mondiale. Solo nell'Unione Europea, l'Istituto Transcrime stima che i mercati illeciti abbiano generato circa 110 miliardi di euro all'anno.

Se ci concentriamo sulla corruzione, negli ultimi vent'anni la preoccupazione per questo fenomeno ha raggiunto livelli senza

precedenti. Secondo il Barometro Globale sulla Corruzione di Transparency International del 2016, un cittadino su tre nella regione Europa e Asia centrale ritiene che la corruzione sia uno dei problemi principali del proprio paese. Nel Rule of Law Index del 2016, nessun paese sembra essere completamente esente da corruzione, anche se la Danimarca è molto vicina a questo primato. Guardando alla Spagna, la corruzione si è consolidata come uno dei principali problemi del paese per i cittadini secondo il Barometro CIS, permanentemente il secondo dietro la disoccupazione, anche se in ottobre 2017 è rimasta terza, dietro l'indipendenza catalana.

Finora non è stato possibile stimare con precisione il danno economico causato da queste pratiche illecite, che è insito nel suo status di «patto nascosto». Ciononostante, la relazione della Commissione Europea sulla lotta alla corruzione del 2014 ha fornito le seguenti informazioni: il costo stimato della corruzione per l'Unione Europea è di 120 miliardi di euro all'anno. Il Parlamento europeo in uno studio del 2016 («Il costo della non Europa nel settore della criminalità organizzata e della corruzione. Annesso II-Corruzione») riporta cifre ancora peggiori: il costo della corruzione nell'Unione Europea varia da 179.000.000.000 a 990.000.000.000 euro, secondo la metodologia. Lo stesso studio stima che la corruzione comporti per la Spagna perdite di denaro pubblico comprese tra lo 0,08% e il 9,58% del PIL.

Anche se queste cifre sono di per sé sufficienti a causare allarme sociale e discredito istituzionale, è anche necessario tener conto del contesto della forte crisi economica degli ultimi anni, caratterizzata da tagli ai servizi pubblici e da una politica di austerità pubblica. In Spagna, hanno coinciso con un continuo imbroglio di corruzione, frodi e scandali di riciclaggio di denaro: Gürtel, Púnica, Noos, Palma Arena, Malaya... Questi sono i nomi di complotti che ci siamo abituati a leggere sui giornali e davanti ai quali i comuni cittadini chiedono di «restituire ciò che è stato rubato».

Questo ci riporta al punto di partenza: neutralizzare i proventi di reato, non solo come strumento efficace contro la criminalità a scopo di lucro, ma anche come mezzo per porre fine al corso della giustizia e

rendere i beni, che un tempo erano a disposizione dei criminali e del loro intorno, idonei a fini sociali. Su questa base, la confisca dei proventi di reato si rivela come un mezzo adeguato per effettuare questa privazione di proprietà e, pertanto, è stata scelta come argomento centrale della nostra ricerca, nella quale si è cercato di risolvere una a risolvere una serie di questioni, sia teoriche che pratiche.

Abbiamo iniziato proponendo il recupero dei beni come politica criminale contro i patrimoni criminali. A questo proposito, vale la pena chiedersi quali altre componenti costituiscono la politica criminale contro la criminalità a scopo di lucro. Immediatamente, vengono in mente misure come il reato di riciclaggio di denaro, anche se questa politica criminale non consiste solo in queste due iniziative complementari per la sorveglianza del riciclaggio di denaro, ovvero, da un lato, la criminalizzazione dell'occultamento e della legittimazione dei proventi di reato e, dall'altro, il monitoraggio, il rintracciamento, il congelamento e la confisca dei proventi.

Negli ultimi anni, anche la responsabilità penale delle persone giuridiche ha acquisito importanza, in modo che le imprese e le società possano essere punite quando vengono commessi reati a loro vantaggio, che saranno eminentemente economici o competitivi. Infine, anche se gli Stati membri dell'Unione europea non ne hanno esteso l'attuazione, l'America latina e l'Asia hanno spesso criminalizzato l'arricchimento illecito di funzionari e autorità, un tipo di reato controverso che comporta l'inversione dell'onere della prova. Tutte queste figure sono costituite da elementi della loro configurazione che dalla dottrina –o anche dai tribunali– sono messi in discussione a causa del loro disaccordo, maggiore o minore, con i principi e le garanzie procedurali costituzionali.

Tornando al «recupero dei beni», questa è un'espressione diventata molto popolare grazie ad alcune iniziative internazionali. Non c'è dubbio che la confisca dei proventi di reato abbia un ruolo in questo, ma che cos'è esattamente il recupero dei beni? In che senso è attualmente utilizzato questo termine? Non sono le uniche domande

che sono state sollevate in questa ricerca, ma vengono analizzate anche le fasi di questa strategia e gli elementi necessari per il suo completamento positivo, in cui le agenzie specializzate svolgono un ruolo essenziale.

Data la natura internazionale della diffusione della strategia di recupero dei beni, è essenziale considerare come si è sviluppata negli strumenti internazionali e sovranazionali, nonché la sua evoluzione nel tempo. Ecco perché l'Organizzazione delle Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea saranno al centro della nostra attenzione, in particolare la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione e la Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca degli strumenti e dei proventi di reato nell'Unione europea.

Una volta che questo quadro generale sarà chiaro, la grande questione di questa ricerca è quale sia lo stato della strategia di recupero dei beni nel sistema giuridico spagnolo e, in particolare, il suo principale bene: la confisca dei profitti. A tal fine, è necessario concentrarsi innanzitutto sulla teoria generale della confisca, forma giuridica che nel Codice Penale continua a ricevere un trattamento praticamente unitario, nonostante le numerose voci che sostengono la differenziazione della confisca degli strumenti e la confisca dei proventi di reato.

La disciplina della confisca è modificata con l'approvazione della Legge Organica 1/2015 di riforma del Codice Penale. Tuttavia, per arrivare al punto in cui ci troviamo oggi, sono state bruciate molte fasi, prima con l'antecedente più lontano, la pena di confisca, e poi con la sanzione accessoria della confisca, presente dal codice penale del 1822 all'adozione del codice penale del 1995. In questo caso, esiste già come «conseguenza accessoria» e applicabile agli strumenti, effetti e profitti del reato.

Prima di valutare l'attuale regolamentazione della confisca, verrà esaminato il suo concetto e la sua relazione con altre figure, tra le quali in modo particolare le ammende, la partecipazione agli utili e la responsabilità civile *ex delicto*. Naturalmente, verrà analizzato anche il



dibattito sulla sua natura giuridica, che ancora vive, a più di vent' anni dalla sua inclusione nella rubrica delle «conseguenze accessorie».

Concentrandosi sulle disposizioni generali in materia di confisca, che attualmente occupano gli art. 127 a 127 *octies* e 128 del Codice Penale, il presente studio si fonda su due basi. La prima è l'oggetto materiale della confisca, in relazione alla quale è essenziale chiarire ciò che possiamo intendere per confisca di beni, mezzi e strumenti, cosa per effetti e cosa per profitto, sia per giurisprudenza che per dottrina, e perché sono figure diverse. La seconda è costituita dalle diverse modalità di esecuzione e dal modo in cui si allontanano dalla confisca più classica o semplice. Queste moderne modalità esecutive sono la confisca per equivalente, la confisca senza condanna o la confisca di beni in mani di terzi e, soprattutto, la confisca estesa, introdotta dalla riforma del codice penale LO 5/2010, ma avanzata dalla giurisprudenza.

In questa fase, si saranno già chiarite perché le diverse confische differiscono a seconda del loro oggetto materiale, e quali sono le particolarità dell'applicazione di questo istituto, che ha meritevolmente suscitato un interesse singolare da parte dei legislatori, dottrina e giurisprudenza per un certo periodo a questa parte, in netto contrasto con l'indifferenza mostrata nelle fasi precedenti. Tuttavia, dobbiamo ancora sciogliere ciò che rende la confisca del profitto una forma degna di particolare analisi. Ovviamente, la sua natura giuridica -diversa e molto dibattuta - avrà molto a che fare con essa: le conseguenze di considerarla parte della risposta criminale o di una conseguenza patrimoniale, civile e penale, non sono minori. Esiste anche le difficoltà di specificare ciò che si intende per profitto del reato, come i dibattiti sollevati nella dottrina straniera sul calcolo delle spese del reato, o i profitti che possono essere confiscati nel caso in cui gli appalti pubblici siano ottenuti attraverso pratiche di corruzione.

Una delle conseguenze della natura della confisca del profitto è la possibile messa a repentaglio dei principi costituzionali e delle garanzie procedurali inerenti al sistema di giustizia penale dello Stato di diritto. E' relativamente facile trovare allusioni al rapporto tra presunzione di

innocenza e confisca estesa, attraverso l'uso di presunzioni giuridiche, che sono così dibattute nella sfera penale. Al di là di questo elemento chiave del sistema penale, altri principi essenziali possono essere compromessi: legalità, certezza del diritto, non bis in idem, proporzionalità, colpevolezza o il diritto di tacere e di non testimoniare contro se stessi. Tutti sono sensibili alla costruzione che il legislatore fa della confisca e, pertanto, si propone di analizzare se l'attuale normativa sia rispettosa verso tutti.

Infine, mentre la confisca dei profitti è fondamentale per la strategia di recupero dei beni, non è affatto l'unico anello della catena di azioni da intraprendere per giungere a una conclusione positiva. I riferimenti e l'ubicazione del tracciamento e della localizzazione delle proprietà sono comuni negli strumenti internazionali. In altre parole, una solida ricerca in materia di dotazioni è vitale per il successo della ripresa. A questo punto, il Pubblico Ministero svolge un ruolo importante nel sistema. L'embargo e il congelamento sono inoltre costantemente menzionati come accompagnamento alla confisca del prodotto, il che obbliga a considerare quali misure di salvaguardia possono essere adottate nella legislazione spagnola ai fini della confisca.

Proseguendo con gli aspetti procedurali, il vortice legislativo del 2015 non solo ha influito sulla regolamentazione della confisca nel codice penale, ma ha anche introdotto novità nella legge sulla procedura penale, disciplinando finalmente due questioni che richiedono attenzione: in primo luogo, l'intervento nei procedimenti penali di terzi che possono essere interessati; in secondo luogo, e soprattutto, la procedura di confisca autonoma, che all'inizio doveva fungere da spina dorsale per la confisca senza condanna, la cui configurazione finale suscita serie obiezioni dottrinali.

Se si parla di recupero dei beni, e se si vuole che sia efficace, è necessario fermarsi alla cooperazione internazionale in materia di confisca, che è vitale se si vuole che i proventi di reato spesso riciclati nei centri finanziari stranieri tornino al loro luogo d'origine. Nell'Unione Europea, il riconoscimento reciproco delle decisioni di

blocco e confisca si riflette nella legge 23/2014 sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali in Spagna. A parte ciò, e poiché si tratta di porre fine all' azione dello Stato contro i proventi di reato, dovremo considerare che cosa succede a tutti questi beni da confiscare: sia la loro gestione durante il processo che la loro destinazione una volta eseguita la confisca. In questa fase, si segnala l' azione di due organismi: il Fondo per la confisca dei beni confiscati per traffico illecito di stupefacenti e altri reati connessi e l' Ufficio per il recupero e la gestione dei beni recentemente istituito nel 2015.

Pertanto, riteniamo che questo studio non può essere esclusivamente penale o procedurale: è essenziale una prospettiva di sistema penale, in cui siano presenti anche la politica criminale e gli aspetti organici. Inoltre, il resoconto lineare o l'analisi della confisca vengono complicati dalla trama di figure che interagiscono a diversi livelli, più tutti gli elementi che gravitano intorno, risultando in una rete di misure di contenuto patrimoniale. In questa tesi sono state tralasciate molte questioni che, per quanto interessanti, rimangono periferiche, come le agenzie coinvolte nelle indagini sul riciclaggio di denaro o il ruolo dei paradisi fiscali.

Dall'academia ci sono compiti che non possiamo realizzare, ma che vorremo fare (come la risoluzione di tali difficili indagini patrimoniali). Tuttavia, abbiamo un ruolo importante da svolgere. Possiamo contribuire a chiarire figure giuridiche complesse che avranno un ruolo essenziale, facilitandone l'analisi e quindi l'applicazione. O, almeno, possiamo e dobbiamo mettere in luce le carenze causate dalla prassi del legislatore, che è il modo per invertirle.

## **Anexo II. Conclusioni**

### **PRIMA**

Gli strumenti di politica criminale più efficaci per combattere la criminalità a scopo di lucro si basano sulla necessità di superare le difficoltà probatorie e di accelerare le indagini sui beni. Pertanto, nella responsabilità penale della persona giuridica, la società è responsabile di disporre di un adeguato programma di *compliance* per evitare reati all' interno della società. Da parte sua, il riciclaggio di denaro estende la condotta punibile in modo da poter punire qualsiasi azione relativa ai proventi di reato. Il reato di arricchimento illecito è direttamente indicato come inversione dell'onere della prova, che è presente anche nella confisca allargata. Si tratta di una delle nuove forme di confisca emerse negli ultimi decenni nell' ambito della moderna politica criminale contro le conseguenze economiche della criminalità.

### **SECONDA**

La logica alla base del recupero dei beni come mezzo efficace di lotta contro la criminalità del profitto, che «li colpisce dove più fa male», è quella di giustificare una misura meno legittima - e forse data per scontata - di quella efficace. Si tratta di un approccio sbagliato e, in una certa misura, insufficiente. È forse efficace, ma soprattutto è legittima, è giusta, perché significa la fine e la perfezione dell'azione penale contro il reato. Ciò non conferisce a tutte le misure regolamentate a questo scopo una legittimità intrinseca: il fine non giustifica i mezzi.

### **TERZA**

Gli strumenti internazionali e sovranazionali che, in un modo o nell' altro, trattano la confisca dei proventi di reato impongono agli Stati, più o meno velatamente, di invertire l'onere della prova; infatti, la Convenzione di Vienna del 1988 utilizza direttamente questo termine. Questa petizione è di solito accompagnata da una clausola che la ammorbidisce o la addolcisce: il necessario rispetto dei principi costituzionali e delle garanzie procedurali del diritto nazionale. I legislatori nazionali hanno finito per includere questo investimento nell' Unione europea sotto forma di confisca estesa, proteggendosi - come nel caso spagnolo - dal

rispetto degli impegni internazionali. In questo modo si compie un circolo vizioso in cui, di conseguenza, le garanzie del sistema giudiziario penale ne risentono.

#### **QUARTA**

Nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, il recupero dei beni aveva un senso molto chiaro: rimpatriare i fondi saccheggianti da pratiche corrotte che erano finite in un centro finanziario straniero. Questo senso è stato gradualmente attenuato fino a far riferimento semplicemente alla privazione della proprietà derivante dal reato a cui è data una destinazione specifica. In ogni caso, mentre nel recupero patrimoniale ci troviamo di fronte all'azione conclusa contro i proventi di reato, la confisca è l'istituto specifico che permette la proprietà dei beni di diventare proprietà dello Stato.

#### **QUINTA**

La politica penale contro la criminalità a scopo di lucro è una politica di «più è di più»: più misure, più tipologie, più condotta punibile, più campo di applicazione... L'obiettivo non è lasciare spazio all'impunità per l'autore del reato, né al godimento dei proventi del crimine. Il legislatore spagnolo ha reso un buon conto di ciò nel senso peggiore possibile, senza riflettere sulle misure già esistenti nell'ordinamento giuridico e sul modo in cui interagiranno tra loro. Così, ad esempio, la confisca di terzi inghiottisce la partecipazione al profitto, le indicazioni per una confisca estesa si scontrano con la condotta tipica del riciclaggio, nella giurisprudenza le stesse indicazioni sono utilizzate per tutto. Alla fine, l'inflazione sperimentata dalla regolamentazione della confisca nelle ultime riforme penali non è stata meno problematica dell'precedente abbandono del legislatore rispetto a questa misura.

#### **SESTA**

Con diversi gradi di intensità, vi sono stati diversi tipi di casi o addirittura soluzioni giurisprudenziali per evitare il consolidamento dell'arricchimento illecito derivante dall'attività criminale. Tuttavia, vi sono stati ostacoli insormontabili attraverso le forme tradizionali di intervento. Per superare questi ostacoli nascono forme moderne di confisca, che hanno

lo scopo di alleviare la difficoltà di un'indagine patrimoniale che produca prove che portino l'organo giudiziario ad una condanna al di là di ogni ragionevole dubbio. Di fronte a prove vaghe, neutralizziamo i guadagni attraverso la condanna per un crimine che ci sono prove di proventi altrui. Da parte sua, la confisca senza condanna costituisce una soluzione alle situazioni in cui, pur essendo provato che il bene è di origine illecita, non può essere condannato per tale motivo a causa di una serie di situazioni qualificate. Infine, la confisca dei beni in mani di terzi è una soluzione a forme non verificabili di partecipazione al reato. Alla luce di tutto ciò, si può osservare che alcune delle forme moderne di confisca sono sempre più simili alla vecchia pena di confisca.

#### **SETTIMA**

Nel sistema penale possiamo trovare tutta una serie di risposte multilivello per il terzo che trae vantaggio economico da un reato: da un lato, può essere l'autore dei reati di ricettazione o riciclaggio se vengono verificati tutti gli elementi della fattispecie. In ogni caso, i beni possono essere confiscati e, a condizione che si tratti di un reato per il quale può sorgere la responsabilità civile, resta la possibilità di dichiararli come partecipanti redditizi. L'intensità della risposta criminale dipenderà ovviamente dalla forza della prova.

#### **OTTAVA**

È palpabile che la modernizzazione della regolamentazione della confisca, la sua graduale espansione e le sue visioni espansive hanno avuto poco a che fare con il monitoraggio degli strumenti e degli effetti della criminalità, anche se sono stati trascinati in questa inerzia normativa, almeno nella legislazione spagnola. Questa situazione è interamente dovuta alla ricerca della neutralizzazione dei profitti illeciti, ovvero del prodotto, termine utilizzato negli strumenti internazionali e difeso da una parte della dottrina. Uno sguardo a questi strumenti sarà sufficiente per dimostrare che l'obiettivo di queste misure è quello di eliminare la motivazione della criminalità a scopo di lucro. La confisca dei profitti, i metodi moderni per ottenerla e i canali procedurali che si articolano per essa, sono il fulcro della politica di recupero dei beni.

## **NONA**

È necessario razionalizzare l'intero catalogo delle misure patrimoniali, a partire dall' interazione tra responsabilità civile e confisca. La confisca deve essere regolamentata, una volta per tutte, anche come categoria propria, non come parte di «conseguenze accidentali» che hanno perso qualsiasi coesione interna. La confisca, o «le confische», come categoria, comprenderebbe una serie di figure unite dall' effetto comune della privazione dei beni da parte del soggetto interessato, il cui titolo è trasferito allo Stato.

## **DECIMA**

Riteniamo essenziale separare il trattamento giuridico e giudiziario della confisca degli strumenti (sia punitivi che assicurativi), della confisca degli effetti e della confisca dei proventi, nonché la definizione di ciascuna di queste modalità. Le differenze nella confisca dei proventi derivanti dalla confisca di strumenti ed effetti forniscono un'entità sufficiente a meritare una regolamentazione differenziata, secondo il modello tedesco o svizzero, in cui *Verfall* e *Einziehung* sono regolati separatamente. La virtù di questa separazione risiede nel fatto che le forme moderne di confisca che mirano a neutralizzare i proventi di reato per scoraggiare la criminalità a scopo di lucro sono limitate alla *Verfall*, che conferisce una maggiore razionalità normativa. Se per la creazione in Spagna dell'Ufficio per il Recupero e la Gestione dei Beni sono stati ricercati modelli ottimali nel diritto comparativo, non capiamo perché la stessa procedura non sia stata seguita nella regolamentazione della confisca.

## **UNDICESIMA**

Una delle principali sfide da affrontare in materia di recupero dei beni deve essere il maggiore allontanamento dei beni dai fatti perseguibili nelle forme moderne di confisca. Essa pianifica in ogni momento l'intenzione - o la necessità - del legislatore di superare l'ostacolo della prova dell'effetto causale o del nesso di causalità tra proprietà e atti illeciti. Così, mentre nella confisca classica o diretta l'elenco dei beni specifici di cui si verifica la confisca e i fatti devono essere chiaramente dimostrati, nella confisca per equivalente sarà necessario dimostrare che ci sono

stati alcuni beni relativi al reato e successivamente confiscare altri o un importo dello stesso valore. In queste situazioni, le prove diventano sempre più diffuse fino a raggiungere i presupposti stabiliti per una confisca estesa, che guidano la strategia di privazione dei proventi di reato, almeno nel quadro dell'Unione europea.

### **DODICESIMA**

Come nei sistemi penali moderni vi è una proliferazione di disposizioni simboliche, possiamo chiederci se l'attuale regolamentazione della confisca rischi di cadere in questo simbolismo, di essere regolamentati solo per conformarsi alle direttive europee o ai trattati internazionali, sapendo che alla fine, nella realtà forense, questo nuovo regolamento finirà per diventare inapplicabile. A nostro parere, può essere simbolico in alcuni dei suoi significati, soprattutto per quanto riguarda il traffico di stupefacenti, ma è ben lungi dall'essere inapplicato, soprattutto nel contesto spagnolo, in cui i giudici e i tribunali hanno tradizionalmente avvantaggiato il legislatore nell'ampliare i confini della confisca.

### **TREDICESIMO**

Dall'analisi della giurisprudenza finora svolta, non ci si può attendere alcuna contenzione da parte di giudici e tribunali, non ci si può attendere alcun dibattito sul calcolo dei beni confiscati, come quello in Germania sulla confisca dei proventi netti e lordi, o sulla confisca nei casi di appalti pubblici ottenuti attraverso pratiche di corruzione. Nel caso spagnolo, sono stati i tribunali che hanno ampliato i limiti della confisca interpretando in senso lato i concetti di effetti, prima e di profitti poi. In questo modo, hanno colmato lacune problematiche direttamente attribuibili al lavoro periodico del legislatore.

### **QUATTORDICESIMO**

L'attività giudiziaria nel campo della confisca ha avuto un effetto negativo in quanto, poiché il legislatore ha aggiornato la norma per includervi la confisca dei proventi o la confisca estesa, la giurisprudenza ha semplicemente accumulato dottrina senza un opportuno aggiornamento. In questo modo, i concetti di effetti e profitti convergono, e la giurisprudenza in materia di confisca estesa si ripete imperturbabilmente dal



1998, quasi inconsapevole di modifiche giuridiche o, direttamente, riproducendo il preambolo della legislazione riformatrice, come è accaduto in occasione dell'ultima riforma penale.

### **QUINDICESIMA**

L'azione sfrenata e spregiudicata del legislatore penale non solo ha dato luogo a norme per l'applicazione della confisca, che renderanno difficile per i giudici e i tribunali svolgere il loro lavoro, ma risentirà in misura maggiore o minore dei principi fondamentali e delle garanzie del sistema penale di qualsiasi Stato di diritto. Pertanto, di fronte al principio di legalità, manca la necessità di leggi rigorose e chiare; la certezza del diritto è debole di fronte al groviglio di figure i cui ipotesi si sovrappongono; la proporzionalità è pregiudicata dall'applicazione della confisca estesa a un catalogo così vasto di reati; la redazione della confisca dei beni nelle mani di terzi fa pensare ad un rimprovero per mancanza di diligenza; la presunzione di innocenza e il diritto di tacere e il diritto di rimanere in silenzio possono essere in pericolo.

### **SEDICESIMA**

Una delle ricorrenti e debitamente motivate denunce della dottrina è che le riforme penali non sono accompagnate dalle corrispondenti riforme procedurali, o piuttosto che non sono concepite nel senso del sistema penale. L'attività del legislatore nel corso del 2015, che avrebbe risposto a questa richiesta, è stata deludente: il tentativo ha portato a procedure caotiche e viziate e all'istituzione di una procedura autonoma di confisca che non è conforme allo scopo previsto. Infatti, le norme di applicazione, sia nel diritto penale che in quello processuale, arrivano a contraddire lo spirito stesso delle cifre che regolano.

### **DICIASSETTESIMA**

La politica criminale del recupero dei beni impone oggi la creazione di meccanismi che impediscono il godimento dei proventi delle attività criminali, soprattutto quando gli autori sono riusciti in qualche modo a sottrarsi alla giustizia. Se la situazione dei beni illegali è stata sufficientemente motivata, dovrebbe essere reversibile mediante confisca senza condanna. Tuttavia, riteniamo preoccupante fondare il ricorso a questa

misura sul fatto che le garanzie dei procedimenti penali costituiscono un ostacolo, un pensiero molto diffuso per quanto riguarda il sistema penale. Di conseguenza, riteniamo che eludere gli ostacoli delle garanzie penali sembri essere l'obiettivo del legislatore fin dal momento in cui proclama il carattere non penale delle nuove forme di confisca, ossia la confisca autonoma.

### **DICIOTTESIMA**

Appreziamo positivamente lo sviluppo della confisca senza condanna e l'introduzione di una procedura adeguata per la sua articolazione, nonché la doppia modalità di utilizzo, che può essere molto utile per decongestionare i processi in cui l'indagine patrimoniale è particolarmente complicata. Il modello procedurale dipendente dal procedimento penale principale è più adatto al nostro ordinamento giuridico, anche se il legislatore ha voluto chiamarlo "confisca autonoma". Riteniamo tuttavia che l'introduzione di queste misure meritasse una migliore analisi delle esigenze del nostro sistema e non tanto cercare di ottenere l'osservanza delle normative europee e internazionali, in cui il legislatore nazionale eccede sempre sé stesso. Un esempio di questa azione, difficilmente giustificabile, è che la confisca non basata sulla condanna sia applicabile anche ai casi in cui vi è spazio per una confisca estesa.

### **DICIANNOVESIMA**

Sembra che il legislatore abbia cercato di esprimere la natura particolare della confisca senza condanna, non del tutto penale o interamente civile, in una procedura egualmente sui generis che finisce per essere un ibrido di procedimenti civili e penali di difficile comprensione. Sarebbe stato preferibile sviluppare tutti gli aspetti di questo procedimento senza fare riferimento alla sentenza orale del codice di procedura civile, anche se si fosse ispirata ad essa. A nostro avviso, la tecnica legislativa è certamente confusa, soprattutto alla luce dell'indagine retrospettiva della Pubblico Ministero che può presentare problemi per quanto riguarda il principio dell'accusa e il diritto di difesa. Inoltre, è incompatibile con lo scopo del procedimento e con le disposizioni che precisano l'oggetto della confisca nella domanda.

### **VENTESIMA**

L'esperienza ci ha dimostrato che non possiamo parlare di un vero e proprio recupero dei beni senza un'efficace cooperazione giudiziaria e tra polizia internazionale. A questo proposito, il principale cambiamento degli strumenti internazionali è che gli Stati sono obbligati a restituire le merci nel loro Stato d'origine. Nell'Unione Europea, la scena giudiziaria, con il riconoscimento reciproco e l'esecuzione delle decisioni di sequestro e confisca - sancita in Spagna dalla legge 23/2014 - è più agile e diretta. Tuttavia, se la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul reciproco riconoscimento delle decisioni di sequestro e confisca continua a seguire il suo percorso, si compirà un passo importante, in quanto le sue norme saranno direttamente applicabili, senza che sia necessario il recepimento da parte degli Stati membri e quindi senza i consueti problemi di armonizzazione.

### **VENTUNESIMA**

Nell'ultimo decennio sono stati compiuti notevoli progressi nella ripresa degli attivi. Occorre però anche rafforzare due punti critici: da un lato, l'indagine precedente, non solo al fine di tracciare e rintracciare gli asset, ma anche di conformare l'attività probatoria successiva. D'altro canto, la gestione e la destinazione dei beni confiscati, garantendo che essi ritornino nel loro paese d'origine e siano utilizzati nelle politiche di assistenza alle vittime di reati e di rafforzamento delle istituzioni democratiche e dell'amministrazione della giustizia, per le quali sono necessari organismi specializzati dotati di personale e mezzi adeguati. Tuttavia, quando si tratta di plasmare le istituzioni di confisca, non dobbiamo perdere di vista il rispetto del diritto e del giusto processo, né perdere di vista il fatto che misure simili nei secoli scorsi sono state denigrate per la loro sproporzionata natura e per le finalità di raccolta, motivo per cui sono gradualmente cadute in disuso.