

El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?

The Recovery of Assets under the Argentine Legal System: Should Confiscation Necessarily be Considered of Criminal Nature?

Carolina Belén Soragni^{†}*

Resumen

En el presente trabajo se cuestiona si el régimen general de decomiso, tal como hoy lo conocemos en el ordenamiento jurídico argentino, implica verdaderamente una pena accesoria al delito o si, a partir de sus sucesivas modificaciones, puede considerarse como una medida de distinta naturaleza. Para esto, se tendrá en cuenta una concepción negativa de la pena, que servirá para diferenciar al decomiso penal de otros institutos que han sido utilizados para fundamentar la posible naturaleza administrativa o civil del decomiso. En este marco, argumento que el decomiso no consistirá en una pena cuando tenga como finalidad restituir, reparar o prevenir un daño, y detener lesiones en curso o neutralizar peligros inminentes. Así, sostendré que el decomiso de los instrumentos de un delito necesariamente implica la imposición de una pena. En cambio, cuando la medida recaiga sobre el producto o provecho del delito, debe ser considerada de naturaleza civil, ya que existe una finalidad de prevenir una afectación a la competencia en el mercado. Por último, cuando se intente decomisar bienes prohibidos o peligrosos para la sociedad, aquello no consistirá ya en un decomiso, sino en una medida de seguridad de tipo administrativa.

Palabras clave: recupero de activos — decomiso penal — decomiso *in rem* — decomiso preventivo — extinción de dominio — naturaleza jurídica — producto — provecho

* Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derecho Penal (UdeSA). Jefa de Sección de Denuncias en Unidad de Ética y Transparencia de la Dirección Nacional de Vialidad.

† El presente trabajo corresponde a la Tesis de Maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Andrés. Director de tesis: Santiago Roldán. Calificación obtenida: Sobresaliente. Fecha de defensa: 11 de febrero de 2021. Tribunal examinador: Fernando Córdoba, Mateo Bermejo y Marina Basso.

Abstract

This paper analyses whether the general asset forfeiture regime, as we know it nowadays in the Argentine legal system, truly constitutes an accessory criminal penalty or whether, on the basis of its successive amendments, it can be regarded as a measure of a different nature. For this purpose, a negative conception of the criminal penalty will be taken into account, which will serve to differentiate criminal forfeiture from other measures that have been used to substantiate the possible administrative or civil nature of asset forfeiture. In this framework, I argue that asset forfeiture is not a criminal penalty when its purpose is to restore, repair or prevent damages, and stop ongoing injuries or neutralise imminent dangers. Thus, I propose that the asset forfeiture of instruments of crime necessarily entails the imposition of a criminal penalty. However, where the measure concerns the proceeds or profit of a crime, it must be considered civil in nature, since there is a purpose of preventing an impairment of competition in the market. Finally, when an attempt is made to confiscate goods that are prohibited or dangerous for society, this will no longer be a confiscation, but a security measure of administrative nature.

Key words: asset recovery — criminal forfeiture — *in rem* forfeiture— preventive forfeiture — domain extinction — legal nature — proceeds — profit

I. Introducción

Las sucesivas modificaciones que acontecieron al régimen general de decomiso del art. 23 del Código Penal de la Nación (CPN) pusieron en tensión la tradicional idea que consideraba a la figura únicamente como una medida de naturaleza penal. En este sentido, se discute si las incorporaciones del decomiso sin condena y a terceros resultan inconstitucionales por atentar contra garantías básicas del derecho penal —garantía del juicio previo e individualidad de las penas— o bien dan cuenta de que el decomiso, en rigor, no es una pena. Asimismo, aquella discusión se vio agudizada en el año 2019 con la aparición del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) de Extinción de Dominio Nro. 62/2019, que estableció un procedimiento civil para recuperar bienes que presuntamente provienen de ciertos delitos a favor del Estado.

En este orden de ideas, se le han atribuido al recupero de activos ciertas finalidades que conllevarían a considerar que el decomiso no es necesariamente una pena. Así, se mencionan diferentes tipos de decomiso que contendrían finalidades no punitivas: decomiso administrativo, decomiso *in rem*, decomiso reparador y decomiso preventivo. También aquí se presenta la posibilidad de concebir el ya mencionado procedimiento civil de extinción de dominio.

Un factor que acompaña y explica estos cambios está vinculado con la suscripción y ratificación de distintos instrumentos internacionales, que hacen expresa mención a la obligación de los Estados de tomar las medidas adecuadas para obtener la titularidad de los bienes utilizados para cometer delitos o los derivados de este. En sintonía con ello, muchos países han tratado de incorporar mecanismos para el recupero de activos teniendo en cuenta las distintas posibilidades de aplicación, ya sea a través de una regulación específica de orden penal, civil o a través de un procedimiento mixto.

Este trabajo parte de reconocer el conflicto existente en relación con las herramientas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico para conseguir el recupero de bienes delictivos. Particularmente, se pretenderá dilucidar si la figura del decomiso debe ser considerada necesariamente como una medida de naturaleza penal o puede ser concebida por medio de un carácter no punitivo. Para ello, se ahondará en los antecedentes nacionales encargados de regular en la materia (apartado II); la delimitación del decomiso penal con los diferentes institutos del derecho civil y administrativo que se encuentran en el ordenamiento jurídico argentino, y que han sido relacionados con el recupero de activos

y sus posibles finalidades no punitivas (apartado III); los estándares internacionales y la legislación comparada (apartado IV); las consideraciones sobre la naturaleza jurídica del decomiso con base en lo desarrollado en los capítulos precedentes (apartado V); y se finalizará con el análisis de la constitucionalidad del régimen general de decomiso tal como se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico (apartado VI).

II. Recupero de activos y antecedentes nacionales

El instituto del recupero de activos es una de las principales herramientas diseñadas especialmente para atacar a los delitos vinculados con la criminalidad económica compleja y mitigar los daños causados por estos. Dicho instituto consiste en privar, con carácter definitivo a favor del Estado, los bienes vinculados con actividades delictivas, a través de figuras como el decomiso o la extinción de dominio.

De acuerdo con la legislación nacional e internacional, podrían ser objeto de decomiso o extinción de dominio los siguientes bienes relacionados con hechos delictivos:

a) Los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) son los bienes utilizados para consumir o intentar el delito (ejemplo: los inmuebles utilizados para producir estupefacientes, los vehículos encargados de transportar mercadería ilícita, el arma empleada para ejecutar un robo, etc.). La doctrina coincide en que el decomiso puede formar parte de la punición de un delito consumado o tentado, es decir, puede tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible o para un acto consumativo.¹

b) El producto del delito (*producta sceleris*) son los bienes derivados u obtenidos de manera directa o indirecta como resultado de actividades ilícitas (ejemplo: la moneda falsa o los estupefacientes producidos). El producto comprende, también, a los bienes sustituidos o subrogantes, que consisten en cualquier bien obtenido mediante el injusto, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente como valor de uso o de cambio, sin distinguir que sean efectos inmediatos o mediatos del ilícito. Se trata de bienes que entran al patrimonio en reemplazo de los bienes originarios de un delito.²

¹ Andrés J. D'Alessio y Mauro A. Divito, *Código Penal comentado y anotado parte general (arts. 1 a 78 bis)* (Buenos Aires: La Ley, 2005), p. 130.

² En ese sentido, la jurisprudencia sostuvo que “el decomiso abarca al producto convertido o transformado, al mezclado con otros bienes y al ingreso del producto o su transformación. Así lo entiende la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su Anexo I al entender como ‘producto del delito’ a los bienes de cualquier índole derivados directa o indirectamente de la comisión de

c) El provecho del delito son los frutos o el incremento patrimonial logrado con la utilización del producto originario del delito (ejemplo: los dividendos obtenidos en la inversión del dinero proveniente de la comisión de un delito o la ganancia resultante del alquiler de un automóvil conseguido mediante una estafa).³

d) Los bienes de valor equivalente consisten en una obligación de dar al Estado aquellos bienes obtenidos legalmente y que no tienen conexión con el delito, pero que comprenden el valor equivalente al beneficio o los bienes ilícitos que no pueden decomisar.⁴

En Argentina, el régimen general de decomiso se encuentra previsto en el art. 23 del Código Penal, que contempla como objeto de la medida a los instrumentos, el producto y el provecho del delito.⁵ En este sentido, esta regulación ha tenido diferentes modificaciones que ocasionaron algunas tensiones con relación a su naturaleza jurídica y a su ámbito de aplicación. La versión original del Código Penal argentino de 1921 (Ley Nro. 11.179) contenía como objeto a los instrumentos y efectos del delito. Posteriormente, en el año 1999, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública Nro. 25.188 amplió el decomiso para las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito. Por último, en el año 2011, la Ley Nro. 26.683 introdujo la posibilidad de decomiso sin condena penal para ciertos delitos en los casos en los que exista la comprobación previa

un delito; estableciendo que deben adoptarse medidas que permitan el decomiso cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, se hayan mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas, así como también los ingresos u otros beneficios derivados de los anteriores, podrán ser objeto de las medidas previstas de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito” (CFCP, Sala III, “Sánchez, Pedro Norberto y otros s/ recurso de casación”, 11 de noviembre de 2014).

³ Santiago Roldán, “Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal”, *En Letra: Derecho Penal* II/3 (2016): p. 55.

⁴ A favor de esta modalidad, se menciona que “considerando que el fin perseguido es que el decomiso no rinda beneficios, debería interpretarse la fungibilidad de las ganancias ilícitas (sin importar de qué tipo de bien se trate). Desde esta concepción, no existe obstáculo para decomisar bienes lícitos de valor equivalente a los ilícitos. Si el patrimonio de una persona se ha incrementado en X medida por el ingreso de activos cuya adquisición ha sido ilícita, en definitiva, es esa X medida la que se está decomisando, al margen de que eso se refleje en el recupero del bien A o del bien B”. [Agustín Carrara, *Guía teórica práctica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica* (Madrid: EL PACcTO, 2019), p. 19. Disponible en: https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2019/07/Guia-teorico-practica-sobre-recupero_compressed.pdf.

⁵ Fuera del régimen general, existen leyes especiales que prevén disposiciones específicas de decomiso. Por ejemplo, el Código Aduanero en su art. 876 dispone “1. En los supuestos previstos en los artículos 863, 864, 865, 866, 871, 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicarán las siguientes sanciones: a) el comiso de las mercaderías objeto del delito. Cuando el titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiese aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria; b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito”.

de la ilicitud del origen de los bienes o del hecho material al que estuvieren vinculados y el imputado no pudiese ser enjuiciado por los motivos a los que la norma alude o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Por otra parte, en el año 2019, y sin que se introdujeran modificaciones al art. 23 del CPN, se aprobó el Decreto de Necesidad y Urgencia de Extinción de Dominio Nro. 62/2019, que reguló una acción civil de carácter patrimonial. A través de esta, a raíz de la sospecha fundada sobre la comisión de un delito grave, el Estado cuestiona la titularidad de un bien cuando no se corresponde razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representa un incremento patrimonial injustificado.

A continuación, se analizarán estas disposiciones con mayor profundidad. Se podrá observar cómo, a partir de una regulación que asumía el carácter penal del decomiso —o prácticamente no se ponía en duda—, se fueron introduciendo modificaciones que entraban en tensión con esa visión. Ello pues, o bien eran inconstitucionales por atentar contra garantías básicas —garantía del juicio previo o personalidad de las penas—, o bien daban cuenta de que el decomiso no era una pena.

A. Código Penal de 1921. Ley Nro. 11.179

El Código Penal argentino de 1921 reguló al decomiso en el Capítulo II denominado “de las penas”. Sin embargo, el primer artículo de este capítulo (art. 5) establecía que las penas consideradas en el Código eran las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación, sin hacer una mención expresa a la figura del decomiso. Aquel se encontraba comprendido en el art. 23 y disponía que “la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable”.⁶ Por tal motivo, Moreno, quien estuvo a cargo del proyecto, en sus fundamentos se encargó de aclarar que, si bien el decomiso no era una pena principal, sí debía ser considerada como una pena accesoria dentro de las establecidas por el Código Penal.⁷

Así lo dispusieron también los tribunales, al mencionar que el decomiso consistía en una pena accesoria por su carácter retributivo y que, por ser una sanción accesoria,

⁶ Art. 23, CPN. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

⁷ Rodolfo Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. II (Buenos Aires: H.A. Tommasi, Editor, 1922), p. 104.

resultaba inherente a una pena principal.⁸ No obstante, si bien no fue objeto de discusión en nuestro país, el carácter penal sí era puesto en duda en aquellas legislaciones en las que el decomiso podía recaer, por razones de policía preventiva, sobre objetos no pertenecientes al condenado.⁹

Ahora bien, según la versión original del Código Penal, el decomiso consistía en una consecuencia jurídica de carácter penal que comprendía a los instrumentos y efectos del delito. Sin embargo, la norma no hacía expresa mención del producto total que el delincuente se procuró por medio de las actividades delictivas, como, por ejemplo, las ganancias que aquel obtuvo con la moneda falsa. En este marco, el decomiso se definió como una pena accesoria que debía aplicarse sobre los bienes que fueron utilizados como instrumento del delito. No obstante, si bien se agregó de manera confusa la expresión “con los efectos provenientes de aquel”, se entendió, a través de una interpretación restrictiva de la época, que aquella expresión no incluía a los bienes obtenidos a partir de los efectos del delito, como tampoco a las ganancias producidas.¹⁰

B. Ley Nro. 25.188

En el año 1999, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública Nro. 25.188 modificó ampliamente el art. 23 del Código Penal, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

La condena importa la pérdida a favor del Estado nacional, de las provincias o de los Municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros, de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito. Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados. Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos. Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste. Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional,

⁸ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “Caldarone, Pedro V.”, LLC 1990, 20 de octubre de 1989.

⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. II, actualizado por Guillermo J. Fierro (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2000), p. 459.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Ricardo Nuñez, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Córdoba: Ediciones Lerner, 1972), p. 361: “Efectos del delito (*producta sceleris*) son los objetos que son su resultado (p. ej., la moneda o el documento falsificado o la sustancia adulterada); o porque se los ha logrado por él (p. ej., la cosa hurtada). Por pertenecer a un tercero no responsable, los últimos no son decomisables. El decomiso no alcanza a los objetos adquiridos con los efectos del delito”.

provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.¹¹

Esta nueva redacción extendió la posibilidad de decomisar no solo los instrumentos utilizados para cometer el delito y los efectos de este, sino también el producto o provecho de aquel.¹² En el debate parlamentario se mencionó que uno de los propósitos de la norma era decomisar la ganancia que pudo obtener el funcionario corrupto o que había delinquido contra el Estado. Esto se debía a que, en el texto de la Ley del Código Penal de 1921, se hablaba de los efectos provenientes del delito, por lo que la jurisprudencia había entendido de un modo restrictivo esta expresión.¹³

No obstante, no fue el objeto principal de esta norma el introducir una regulación específica sobre el recupero de activos, sino que tenía como principal objetivo cumplir con el mandato de la Convención Constituyente de 1994. Este mandato era el de sancionar una ley de ética pública,¹⁴ y lo prescripto por la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada en nuestro país a través de Ley Nro. 24.759 en el año 1997. Es por esto que, si bien se incorporó un apartado especial para regular y ampliar la figura del decomiso, haciendo énfasis en los delitos de corrupción, los temas centrales de la ley fueron, principalmente, los de establecer un sistema de declaración jurada de funcionarios, los deberes y prohibiciones en el ejercicio de la función pública, regular ciertos delitos contra la administración pública, entre otros.¹⁵

Teniendo en cuenta que no se puso en discusión el carácter penal de la medida, la norma se vio afectada por ciertas contradicciones, tales como la posibilidad de aplicar el

¹¹ Art. 23, CPN. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

¹² A favor de esta regulación, se afirma que “en cuanto a los objetos decomisables el nuevo texto supera al original, que había suscitado cuestiones en la doctrina. ‘Las cosas que han servido para cometer el hecho’ (anteriormente se aludía a instrumentos) es todo aquello de lo que ha servido el autor para accionar, trátase o no de las cosas que por su naturaleza puede considerarse afectadas a la comisión del delito; ‘las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito’ se corresponden con la noción de efectos del delito mencionado en el texto derogado”. [Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed. (2003) 2.ª reimp. (Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2010), p. 519].

¹³ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 29ª Reunión, 103ª Sesión ordinaria, 20 y 21 de agosto de 1997.

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994), 2.ª ed. Eleggis, art. 36 “el Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

¹⁵ Aquello fue expuesto en el marco del debate en el Senado, al señalarse que la regulación de los artículos atinentes al instituto del recupero de activos era injustificada y apresurada, y estaba promovida sin convocar la participación activa de la Comisión de Asuntos Penales. Además, se dijo que excedía notoriamente el objeto de una ley de ética pública y que requeriría un debate específico en el ámbito penal, y no un cambio subrepticio. (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 36ª Reunión, 19ª Sesión ordinaria, 19 de agosto de 1998).

decomiso del producto o el provecho a terceros que se beneficiaron a título gratuito y al mandante o a la persona de existencia ideal que se benefició por el autor o partícipe.

Sin embargo, en función de los posibles objetos sobre los que podía recaer el decomiso luego de las modificaciones introducidas, algunos autores indicaron que la medida excedería la mera retribución, en tanto también apuntaría a la prevención de posteriores delitos y la frustración del lucro indebido para el condenado.¹⁶ Asimismo, una parte de la doctrina sostuvo que, en los casos de decomiso de producto o provecho que han beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, la ley ya no regula el decomiso como una pena, sino como consecuencia civil necesaria del delito. De lo contrario, se vulneraría el principio constitucional de la personalidad de la pena. Para afirmar esto, se explica que la regla proviene del proyecto de 1960 de Soler, quien incluyó un párrafo de notoria similitud en el Título IV del Libro Primero, Capítulo 7 de su proyecto, bajo el epígrafe “consecuencias civiles del delito”.¹⁷

En definitiva, esta nueva regulación que contempla supuestos de decomiso dirigido a terceros a título gratuito, al mandante o a la persona de existencia ideal, hacen pensar que, o bien se estarían violando garantías constitucionales del derecho penal, o que lo que se intenta es apartarse de la vieja tradición que consideraba al decomiso como pena y terminar por atribuirle, así, un carácter civil. En sintonía con esta última opción, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal sostuvo que la reforma de la Ley Nro. 25.188 no había abandonado del todo un régimen *in personam*. Pero, a la vez, introdujo ciertos elementos *in rem* que transformaron al decomiso en una medida híbrida.¹⁸

C. Ley Nro. 26.683

En el año 2011 se sancionó la Ley Nro. 26.683, que tenía como principal objetivo cumplir con los compromisos asumidos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), de acuerdo con los estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. La norma introdujo una modificación en el art. 23 del CPN al establecer la posibilidad de decomiso sin condena penal para ciertos delitos

¹⁶ D'Alessio y Divito, *Código Penal comentado y anotado parte general (arts. 1 a 78 bis)*, p. 128.

¹⁷ Ricardo Núñez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., actualizado por Roberto E. Spinka (Buenos Aires: Lerner Editores, 2009), p. 335.

¹⁸ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A) s/embargo preventivo”, Causa Nro. 43.214, 31 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Vago_G_Skanska_emb_prev.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

en los casos en que exista la comprobación previa de la ilicitud del origen de los bienes o del hecho material al que estuvieren vinculados y el imputado no pudiere ser enjuiciado por los motivos a los que la norma alude, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.¹⁹

De la misma manera que sucedió con las modificaciones introducidas por la Ley Nro. 25.188, se podría sostener que, con esta nueva incorporación, los legisladores intentaron atribuir al decomiso un carácter civil, apartándose de la concepción que lo consideraba como una pena accesoria sujeta a una condena penal. En efecto, si se considera al decomiso en todas sus formas como una pena accesoria, jamás, bajo ningún aspecto, podría aplicarse sin una condena penal firme obtenida dentro de un proceso penal en cumplimiento de todas las garantías constitucionales del debido proceso.

Sin embargo, en los debates parlamentarios no se detuvieron en analizar la posible finalidad civil de este instituto, sino que se persistió en caracterizarlo como de naturaleza penal. Paradójicamente, un legislador incluso votó a favor de la ley. Pero, dejó sentada su opinión de que un decomiso anticipado difícilmente pasaría un examen constitucional, ya que para restringir la propiedad se necesita una sentencia firme con un nivel de certeza que establezca el hecho delictivo a nivel de una condena penal.²⁰

Por otra parte, se debe considerar que el GAFI sugiere este tipo de regulación siempre y cuando sea compatible con los principios de las respectivas legislaciones nacionales.²¹

¹⁹ Art. 23, 7.º párrafo, CPN: “En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

²⁰ Ver la manifestación de Martínez E. F., “A excepción del último párrafo del artículo que admite la confesión del imputado, el resto difícilmente pasaría un examen constitucional, ya que para restringir la propiedad se necesita una sentencia firme, con un nivel de certeza que establezca el hecho delictivo a nivel de una condena penal. Si dicha condena no puede lograrse por las distintas hipótesis reflejadas en la norma que se pretende aprobar, simplemente agregando entre comas “por la vía procesal correspondiente” la cuestión podría salvarse [...] Dejando planteada la *ratio legis* y propiciando esa leve modificación en el tema del decomiso, el bloque del Frente Cívico votará afirmativamente el despacho consensuado por esta Cámara, en cumplimiento de una obligación internacional de la República Argentina para que se lleve adelante o se deje de lado de una vez y para siempre”. (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Período 129º, 5ª Reunión, 3ª Sesión ordinaria, 4 de mayo de 2011).

²¹ A. Sistema jurídicos 3 Medidas provisionales y decomiso 3.º párrafo “Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales”. [Grupo de Acción Financiera sobre el lavado de activos, *Las cuarenta recomendaciones*, trad. Gafisud (20 de junio de 2003). Disponible en:

Tal es así que no podría servir de argumento para resolver la discusión la sola invocación de la recomendación del GAFI que indica la adopción de un decomiso anticipado. En efecto, si se sostiene la vieja tradición argentina que considera al decomiso como una pena accesoria, no sería compatible con nuestra legislación un decomiso sin condena, ya que iría en contra de la prohibición de aplicar una pena sin juicio previo (art. 18 CN).²²

D. DNU de extinción de dominio Nro. 62/2019

En junio de 2016, la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto de ley de acción civil de extinción de dominio que, posteriormente, fue remitido a la Cámara de Origen a los fines de cumplimentar con el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes. No obstante, aquel fue objeto de múltiples críticas por parte de los juristas destacados. En un dictamen sobre el proyecto de ley, Sancinetti afirmó que cualquier consecuencia negativa que se derive de la comisión de un hecho punible es una pena, aunque se la quiera revestir de cualquier otra cosa. En particular, no existen “acciones autónomas” que “vayan contra las cosas”.²³

En el año 2018 se volvió a retomar el proyecto y, nuevamente, fue objeto de varias críticas. En aquel debate, Fernando Díaz Cantón concluyó que el decomiso es una pena y que, en consecuencia, deben de aplicarse todas las garantías penales de la Constitución Nacional (CN). Asimismo, expresó que se le estaba dando a la justicia civil la posibilidad de establecer una pena, cuando el juez natural del caso debe ser el que tiene competencia penal para el juzgamiento y la sanción de los delitos.²⁴ De esta forma, el proyecto fue reenviado y no tuvo tratamiento en las sesiones ordinarias del año 2018.

En el año 2019, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia de Extinción de Dominio Nro. 62/2019, el Poder Ejecutivo decidió regular una acción civil de carácter patrimonial a través de la cual, a raíz de la sospecha fundada sobre la comisión de un delito grave, el Estado cuestiona la titularidad de un bien, cuando no se corresponde razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular; o representa un

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_40_recomendaciones_de_gafi_sobre_blanqueo_de_capitales.pdf. Última consulta: 01/03/2021].

²² En esta línea, se afirma que la medida vulnera derechos de jerarquía en detrimento de los justiciables, ya que determina el decomiso en instancia anterior a la que brinda el principio de la cosa juzgada, que es lo que habilita al estado apropiarse del objeto del delito. (José L. Puricelli, “La nueva ley contra el lavado de activos de origen ilícito”, *La Ley: “Doctrina Judicial”* (noviembre de 2011): p. 89.

²³ Marcelo A. Sancinetti, “Dictamen sobre proyectos de leyes así llamados de Arrepentido y de Extinción de Dominio”, *Pensamiento Penal* (agosto de 2016): p. 24. Disponible en: <https://www.senado.gov.ar/upload/27270.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.

²⁴ Honorable Cámara de Senadores de la Nación, Período 136º, 13ª Reunión, 6ª Sesión especial, 22 y 23 de agosto de 2018.

incremento patrimonial injustificado. La finalidad de esta herramienta es extinguir, por vía de una acción civil, el derecho sobre los bienes que hayan sido mal habidos por efecto de actos de corrupción o crimen organizado, a fin de recuperarlos en beneficio del conjunto de la sociedad.

El decreto expresa que la acción civil de extinción de dominio procede respecto de cualquier derecho, principal o accesorio, sobre los bienes descriptos en el régimen. La extinción de dominio se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, sin poder acumularse a ninguna pretensión (art. 1). Además, se establece competencia para entender sobre el régimen de extinción de dominio a los tribunales de la Justicia Federal con competencia en lo civil y comercial, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los tribunales de la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal (art. 2). Los bienes que se encuentran sujetos a este régimen son aquellos incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado (art. 5).

Asimismo, deben provenir particularmente de los delitos que contempla el DNU, los cuales se encuentran relacionados con delitos de criminalidad compleja: narcotráfico, asociación ilícita, contrabando, hechos de terrorismo, corrupción, lavado de dinero y trata de personas (art. 6). Por otra parte, invierte la carga de la prueba, al señalar que la parte demandada tendrá la carga probatoria de demostrar que los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de la presunta comisión del delito investigado o que el origen de los fondos con los que adquirió dichos bienes era lícito (art 10).

De acuerdo con los fundamentos del DNU, este tipo de regulación radicó, principalmente, en que el Estado pueda contar con herramientas consistentes, prácticas y eficaces de política criminal, tanto de carácter penal como no penal, para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado. No obstante, el carácter civil de esta medida y su constitucionalidad fueron objetos de varias críticas. Esto, a su vez, repercutió en la discusión sobre la validez del DNU, puesto que el art. 99.3 de la CN prohíbe dictar decretos de necesidad y urgencia que regulen en materia penal.

A las ya mencionadas críticas de Sancinetti y Diaz Cantón, también se dijo que aquel resultaría violatorio del art. 17 de la CN cuando establece que “la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia

fundada en ley”,²⁵ puesto que no sería válido asumir que un DNU tiene el mismo carácter de ley que protege el derecho a la propiedad que menciona la norma. Si así lo fuera, el Estado podría quedarse con los bienes de los particulares mediante el simple recurso de dictar este tipo de norma que así lo disponga, borrando de un plumazo el derecho de propiedad.²⁶

E. Proyecto del Código Penal

En los comentarios del Proyecto del Código Penal de 2018 se sostiene que el decomiso es, en principio, una consecuencia accesoria de la pena que se orienta, especialmente, a recuperar los bienes materiales que fueron sustraídos del patrimonio del Estado como consecuencia de los delitos.²⁷ Asimismo, se intenta ampliar aun más esta figura: se contempla el decomiso para los delitos culposos; se detalla que se podrá pronunciar contra la persona jurídica o mandante, incluso en el caso de que no fueran responsables o no fueran condenados; se dispone el decomiso sin condena para todos los delitos del Código Penal y se establece como objetos de decomiso cualquiera de los bienes que integren el patrimonio de la persona sobre la que se dispuso la medida hasta alcanzar el valor equivalente al decomiso.

Por otra parte, es de destacar que el proyecto introduce la posibilidad de prescindir, total o parcialmente, del decomiso de los instrumentos por cuestiones de proporcionalidad.²⁸ Si bien la posibilidad de prescindir del decomiso penal surge como un principio constitucional que debe ser respetado por los tribunales, el proyecto solo mantiene dicho resguardo para los instrumentos del delito, dejando entrever que el decomiso de los instrumentos constituiría una pena, pero no así el decomiso del producto o provecho del delito.

²⁵ Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994), 2.^a ed. Eleggis, art. 17.

²⁶ Marco A. Terragni, “Extinción de dominio o decomiso sin condena penal”, *Anales de Legislación Argentina* (marzo de 2019): pp. 3, 6.

²⁷ Facundo Maggio y Benjamín López Testa, “Decomiso y extinción de dominio”, en *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, ed. Francisco Crocioni (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019): p. 63.

²⁸ Art. 23.4, CPN: “Tanto en el caso de los delitos dolosos como en el de los culposos se podrá prescindir total o parcialmente del decomiso del dinero, cosas, bienes o cualquier clase de activo que hubiese servido de instrumento o medio en la comisión del delito, si su imposición no resultase proporcional a la gravedad del delito cometido por la persona sobre la que recayese la medida o a su intervención en el hecho”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

F. ¿Estamos ante un fraude de etiquetas?

A partir de lo expuesto, puede advertirse que la discusión sobre la naturaleza jurídica del decomiso en nuestro país se ha visto oscurecida principalmente por su ubicación normativa. Sin embargo, sostener que la medida consiste en una pena o una medida civil solo por estar regulada en una ley penal o civil llevaría la cuestión a un “fraude de etiquetas”.²⁹ Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se expidió en el fallo “Gramajo” y determinó que carece de trascendencia el *nomen iuris* utilizado por el Poder Legislativo para disponer la limitación al ejercicio de derechos.³⁰ Si esto fuera así, bastaría con una decisión que consagre tal y cual carácter a una denominación para cambiar el esquema de la Constitución Nacional y burlarse fácilmente de los límites y garantías de este.

En este orden de ideas, las diferentes modificaciones que sucedieron a la primera regulación del decomiso denotan que no se encuentra clara la cuestión sobre si es una pena accesoria o, por el contrario, es una consecuencia jurídica de distinta naturaleza. En consecuencia, hoy en día nuestro ordenamiento jurídico mantiene una discrepancia jurídica en la que conviven diferentes regímenes: una acción de extinción de dominio para los bienes relacionados con ciertos delitos, un decomiso penal sujeto a una condena y un decomiso penal con una posible aplicación sin condena firme para ciertos supuestos que contempla la norma.

²⁹ “Un fraude de etiquetas no es más que el error de categorización que puede producirse por la diferenciación deficiente entre el objeto de la teoría normativa y las condiciones de legitimación de ese objeto. Se procede de tal manera que ante la ausencia de una condición de legitimidad del objeto, en lugar de declarar la necesaria ilegitimidad, se tiene al objeto por no habido. Sin embargo, aunque este error lógico es necesario para el fraude de etiquetas, no es suficiente. El fraude de etiquetas es algo que le reprochan a uno —un fraude— porque en razón de un error de categorización ha declarado admisible una forma de proceder que no sería admisible bajo un nombre diferente y que tampoco sería admisible en absoluto. Por lo tanto, al fraude de etiquetas le es inherente, junto al elemento lógico del error de categorización, el elemento normativo del compromiso con los fines de afirmar la legitimación, del compromiso tendencioso en beneficio del poder”. (Greco en Roldán, *Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal*, p. 77).

³⁰ CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, 5/09/2006, *Fallos* 329:3680, cons. 9.º: “Que por otra parte, carece de trascendencia el *nomen iuris* con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación “medida de seguridad”, no por ello perdería su naturaleza de “pena” y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional. Ni el legislador ordinario y menos aun la doctrina o la jurisprudencia pueden, por una mera decisión arbitraria, cambiar la denominación “pena” inventando una pretendida categoría penal contraria a la Constitución y, menos aun, cuando la propia ley precisa que se trata de una pena, de manera clara y expresa”. Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=607867>. Última consulta: 29/05/2021.

Ahora bien, si lo que se intenta es establecer la naturaleza jurídica del instituto, será de suma importancia apartarse de aquellos argumentos que llevan a resolver la discusión a través de un fraude de etiquetas. Por tanto, en el próximo capítulo se pretenderá explicar las finalidades que se le han asignado al recupero de activos para determinar las posibles facultades y bajo qué condiciones puede el Estado para privar a una persona de sus bienes.

III. Finalidades del recupero de activos

Para poder identificar las posibles finalidades del recupero de activos, que colisionan con la tradicional idea que ligaba al decomiso únicamente con la pena, primero se deberá definir el límite que existe entre la pena y otras consecuencias jurídicas o administrativas. Se verá que el decomiso no consistirá en una pena cuando tenga como finalidad restituir, reparar o prevenir daños, como tampoco detener lesiones en curso o neutralizar peligros inminentes. A su vez, se analizarán los diferentes institutos del derecho civil y administrativo que se encuentran en el ordenamiento jurídico argentino y que han sido relacionados con el recupero de activos y sus posibles finalidades no punitivas.

A. Delimitación del decomiso como pena

El decomiso, definido como una pena accesoria, implica caracterizarlo como el ejercicio de coerción que priva un derecho e inflige dolor a quienes son sujetos de la medida. No obstante, en los últimos tiempos se empezó a considerar que aquel comprendía otras finalidades que no estaban ligadas únicamente con la pena, sino con otras consecuencias jurídicas o administrativas de distinta naturaleza.

La importancia de delimitar a la pena con otras consecuencias jurídicas o administrativas radica en que, una vez que se consagre la naturaleza penal de una medida tomada por el Estado, esa pena, en la ciencia del derecho penal, contiene ciertas características propias que deben ser insoslayablemente respetadas. En este sentido, con la expansión de lo que antes era considerado como un derecho penal mínimo, la concepción de la pena como tal fue evolucionando a fin de adecuarse a los cambios del derecho penal moderno. Tal así que, desde el punto de vista histórico, no puede hablarse de “la” pena como un solo y mismo fenómeno.³¹

Por otra parte, cuanto más se expandió el ámbito de protección del derecho penal, más se extendieron las consecuencias jurídicas del delito, según el cual la disciplina

³¹ Günter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4.ª ed., trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (Buenos Aires: Hammurabi, 2005), p. 29.

solamente se ocupaba de la pena. Actualmente, esto abarca un conjunto de medidas de diversa naturaleza que no siempre reúnen las características del concepto de pena, aun cuando, para llegar a la aplicación de aquellas, sea indispensable pasar por una disposición penal propiamente dicha.³²

Para poder delimitar la pena con otras consecuencias jurídicas o administrativas, resulta de interés la concepción negativa expuesta por Zaffaroni, Alagia y Slokar, según la cual la pena consiste en (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Se trata de una coerción que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos (no es parte de la coacción estatal reparadora o restitutiva ni de la coacción estatal directa o policial). Es un concepto de la pena que es negativo por dos razones: (a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; y (b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo).³³

La parte esencial de la razón de aplicar una pena, tanto para la teoría retributiva como para la preventiva, tiene sustento en imponer algún sufrimiento al destinatario. En cambio, en el caso de otras medidas coactivas, el sufrimiento del destinatario puede ser una medida colateral inevitable, pero no es parte de la finalidad de las medidas.³⁴

A partir de lo expuesto, el decomiso no consistirá en una pena cuando tenga como finalidad reparar o restituir por medio de una coacción civil. Tampoco consistirá en una pena cuando detenga lesiones en curso o neutralice peligros inminentes a través de una coacción administrativa directa o policial. En estos supuestos, la privación de un derecho puede ser una consecuencia colateral inevitable, pero no es la finalidad que se busca con estas medidas.

B. Las medidas administrativas

En cuanto a las medidas administrativas se definen, para el tema que nos ocupa, como las facultades de poder de policía de la Administración (el Estado) que permiten intervenir sobre los administrados (ciudadanos), ya sea a través de la coacción directa ante

³² Soler, *Derecho Penal Argentino*, p. 44.

³³ Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro J. Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, 2^{da} ed., (Buenos Aires: Ediar, 2000), pp. 45-46.

³⁴ Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho I*, 2.^a ed. (1980), 15.^a reimpresión (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017), p. 173.

situaciones que puedan poner en peligro a la sociedad o por medio de la sanción administrativa ante la infracción de normas de policía del Estado.

a. Coacción directa

La coacción directa ha sido caracterizada como la que ejerce la autoridad por cuestiones de seguridad, que incide inmediatamente sin auxilio de la justicia sobre la libertad jurídica individual y su derecho a la propiedad. Se trata de una acción preventiva, y otras veces represiva, que ejercen agentes administrativos, con o sin el auxilio de las fuerzas de policía.³⁵

Dentro de estas facultades que ejerce la administración, se encuentra el secuestro de bienes que consiste en una medida cautelar que priva, de manera coactiva y no definitiva por vía de seguridad, a un particular de un bien mueble o conjunto de bienes muebles. Esta medida de carácter administrativa puede ser dispuesta también en procesos judiciales civiles o penales.³⁶ Se la emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. Poco importa que el riesgo dependa o no de una acción humana y que, en caso de serlo, sea también delictiva, sino que su presupuesto es la mera existencia del peligro.³⁷ En estos supuestos, la coacción directa aparece como una prerrogativa del Estado, ya que, a diferencia de lo que pasa con el decomiso, se ejerce cautelarmente sin afectar de manera grave el derecho a la propiedad de los particulares.

En definitiva, el Estado se encuentra facultado para intervenir cautelarmente ante situaciones que puedan poner en peligro a la sociedad como, por ejemplo, para secuestrar mercadería ilícita o adulterada, sustancias estupefacientes y psicotrópicas prohibidas en el mercado, etc.; o sobre bienes que, *prima facie*, no resultan dañinos, pero infringen alguna normativa que autoriza su circulación.

b. Sanción administrativa

La sanción administrativa consiste en un mal infligido por la Administración a un administrado como castigo por la lesión de las normas y el orden de la labor administrativa.³⁸ En ese contexto, el instituto del decomiso aparece como una de las

³⁵ Juan F. Linares, *Derecho administrativo*, 2.ª reimpresión (Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007), p. 445.

³⁶ Linares, *Derecho administrativo*, p. 447.

³⁷ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal*, p. 48.

³⁸ En otros términos, es definido como “un medio indirecto con que cuenta el poder público para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado, y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a lo por ella mandado; corrigiendo las infracciones en que puedan incurrir tanto los particulares

sanciones contra el patrimonio, receptado en nuestro ordenamiento a través de leyes dispersas.³⁹ Desde el punto de vista del derecho administrativo y especialmente con relación a la actividad policial, el decomiso consiste en la pérdida definitiva de la propiedad de un bien mueble como castigo al acto que inflige una ley de policía.⁴⁰

A diferencia de lo que sucede con la coacción directa, las sanciones administrativas tienen una naturaleza jurídica ampliamente discutida. Por un lado, una postura se inclina por afirmar que muchas de las leyes penales se intentan disfrazar de sanciones administrativas, con el fin de ejercer arbitrariamente el poder punitivo. Por tal motivo, cuando la sanción administrativa consista en una manifestación del *ius puniendi* del Estado, estas deben ser aplicadas por un juez penal.⁴¹

De manera contraria, se sostiene que la naturaleza administrativa sancionadora se encuentra dentro de las facultades de policía que tiene el Estado para prevenir riesgos en la sociedad y, por tal motivo, tiene una naturaleza jurídica distinta a la penal. A tal fin, se afirma que, en una sociedad de riesgos, el derecho administrativo sancionador es imprescindible como un instrumento de prevención. Particularmente, la diferencia radicaría en que el derecho penal es un derecho represor. Es decir, los jueces retribuyen con una pena a los delincuentes, mientras que el fin último del derecho administrativo sancionador es la prevención de las infracciones.⁴²

Sin perjuicio de ello, puede sostenerse que el fundamento que legitima al Estado para actuar como agente de prevención de riesgos debe ser a través de medidas que sean acordes y proporcionales al fin buscado. Por tanto, existen muchas dificultades en encontrar un límite cuando la prevención de riesgos tenga como finalidad tutelar el orden

en general como los funcionarios administrativos singularmente". [José R. Dromi, *Instituciones de derecho administrativo* (Buenos Aires: Astrea, 1983), p. 283].

³⁹ Por ejemplo en temas de clausura, el art. 41 de la Ley Nro. 11.683 sobre procedimientos fiscales dispone el decomiso de las mercaderías a través de un procedimiento administrativo; el art. 24 de la Ley Nro. 451 sobre el régimen de faltas de la Ciudad de Buenos Aires establece el decomiso de las mercaderías que serán puestas a disposición del Gobierno de la Ciudad o, en el caso que presenten un peligro, se deberá ordenar su destrucción; el art. 5.d) de la Ley Nro. 20.680 de abastecimiento establece el decomiso de las mercaderías o productos que son objetos de infracciones.

⁴⁰ Linares, *Derecho administrativo*, p. 457.

⁴¹ "El problema a cuestionar y solucionar gira en torno a saber cuál es el criterio diferenciativo de estas dos clases de infracciones. En realidad, se trata de un asunto cuyo tratamiento en abstracto ha sido hecho con brillo y prolijidad, pero que ofrece sensibles lagunas y oscuridades tan pronto se trata de referir en concreto a un ordenamiento positivo". (Dromi, *Instituciones de derecho administrativo*, p. 294).

⁴² Alejandro Nieto, "Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivador del Derecho Administrativo Sancionador", *QDLU*, Nro. 14 (junio de 2007): p. 10.

público en general y se le aplique a cualquier ciudadano ante la afectación de una norma como una manifestación del *ius puniendi* del Estado.

El caso de las sanciones administrativas es la rama más problemática de diferenciar con el derecho penal. Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un precedente sostuvo que

las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita.⁴³

Asimismo, Zaffaroni menciona la problemática que existe para distinguir las sanciones administrativas y sostiene que, aunque no resuelva todos los problemas, debe tenerse en cuenta: (a) que para la falta basta con una responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando* y (b) que en el fondo tiene un objetivo reparador, porque la administración debe sostener todo un aparato de vigilancia y sanción a infractores que pagamos todos los contribuyentes.⁴⁴

En definitiva, teniendo en cuenta las garantías constitucionales que se encuentran en juego, se requiere un estricto control jurisdiccional para evitar que el Estado se exceda arbitrariamente de sus facultades de poder de policía. Efectivamente, en algunos casos las sanciones penales podrían llegar a disfrazarse de sanciones administrativas para ejercer arbitrariamente el poder punitivo y, en el mejor de los casos, estas contendrán una naturaleza tan similar que igualmente deben ser aplicadas todas las garantías del derecho penal. En este sentido, la CSJN resolvió que se deben aplicar a las sanciones administrativas todas las garantías del derecho al debido proceso, amparado por el art. 18 de la CN y el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁵

Por otra parte, cabe mencionar que la doctrina ha sostenido la existencia de ciertas sanciones administrativas *disciplinarias*, las cuales se distinguirían de las anteriores, dado

⁴³ Corte IDH, “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nro. 72, párr. 106.

⁴⁴ Eugenio R. Zaffaroni, *Lineamientos del derecho penal* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2020), p. 63.

⁴⁵ CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05” 26/06/2012, *Fallos*: 335:1126. Disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=6925442&cache=1621991223839>. Última consulta: 29/05/2021.

que se fundarían en una relación de especial sujeción de carácter disciplinario y una afectación jurídica sectorial.⁴⁶

La primera referencia data de un caso que llegó a la CSJN en el año 1961, en el cual el Procurador General sostuvo que la Administración cuenta con facultades de aplicar medidas disciplinarias a las personas que se encuentran, respecto de ellos, en una situación particular, distinta del vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado.⁴⁷ La CSJN confirmó la sanción sobre la base de las normas jurídicas específicamente aplicables al caso, distinguiendo las sanciones disciplinarias de las penales. Pero, no adoptó el razonamiento del Procurador General. No obstante, la CSJN en sucesivos fallos comenzó a utilizar dicho argumento para distinguir las sanciones disciplinarias de las sanciones penales.⁴⁸

C. Coacciones civiles

Dada la caracterización efectuada que considera a la coacción reparadora o restitutiva como excluyente de la pena, resultará necesario ahondar en las diferentes herramientas del ordenamiento jurídico argentino que contemplen estas finalidades civiles. No obstante, cabe aclarar que la propuesta hecha por Zaffaroni, Alagia y Slokar encuentra un asunto no considerado por los autores con la aparición de la constitucionalización del derecho privado, a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) del año 2015 (arts. 1 y 2 del CCCN), el cual ha producido un posicionamiento de la persona y sus derechos fundamentales como epicentro del sistema jurídico.⁴⁹

⁴⁶ En contra, Mairal ha cuestionado la fundamentación bajo la consideración de que “cuando la teoría de las relaciones de especial sujeción no es redundante significa que se la utiliza para convalidar una decisión administrativa que infringe los derechos de un particular sin ley que la sustente. En el mejor de los casos, entonces, la doctrina sirve como un argumento retórico para justificar una decisión correcta sustentada suficientemente con los otros argumentos brindados por el tribunal, y es por lo tanto innecesaria. En el peor de los casos, brinda razones para defender decisiones administrativas que carecen de fundamento jurídico y que son, por lo tanto, inconstitucionales”. [Héctor Mairal, “Una sentencia esclarecedora frente al mal uso del derecho comparado”, *El Derecho* 14.505 (abril de 2018)].

⁴⁷ CSJN, “Eusebio Finguerut c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas”, 6/12/1961, *Fallos*: 251:343. “diversos organismos administrativos, e incluso algunas instituciones de carácter público que no forman parte, stricto sensu, de la Administración, se hallan investidos de la facultad de aplicar medidas disciplinarias a las personas que se encuentran, respecto de ellos, en una situación particular, distinta del vínculo que liga a todos los habitantes del territorio nacional con el Estado. Esta subordinación es en la mayoría de los casos jerárquica, pero también puede encontrar su origen, entre otras hipótesis, en el desempeño por parte del sujeto de una profesión o actividad cuyo ejercicio requiere licencia de la autoridad y se encuentra reglado por esta”.

⁴⁸ CSJN, “Banco Israelita del Río de La Plata”, 07/11/1969, *Fallos*: 275:265. CSJN, “Banco de Río Negro y Neuquén S.A”, 20/10/1981, *Fallos*: 303:1776. CSJN, “Isaac Kolton Inmobiliaria S.A.C.I.F. y otra c. Banco Central de la República Argentina”, 28/10/2003, *Fallos*: 326:4341.

⁴⁹ Claudio F. Leiva, “La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, F (noviembre 2016): p. 853.

Para el tema que nos ocupa, se amplía la función de la responsabilidad civil a través de la prevención del daño y se incorpora la posibilidad de reclamar daños ante la afectación de derechos colectivos. Este nuevo contexto cambia completamente con el tradicional sistema del Código Civil ideado por Vélez Sarsfield, que consideraba a la reparación como el único fundamento de responsabilidad civil por encontrarse afectado un derecho o interés individual.⁵⁰

En este orden de ideas, se expondrán a continuación distintas postulaciones que, desde el derecho civil, permitirían al Estado el decomiso de bienes relacionados con un ilícito y que, por lo tanto, no constituirían penas. A este fin, en primer lugar, se examinará el caso de la extinción de dominio y el decomiso *in rem* y, en segundo lugar, la reparación y prevención del daño. Este último supuesto, si bien ha sido inédito en nuestro país, tal como se verá más adelante, ha constituido un fundamento esencial en otros países para determinar la naturaleza jurídica de la medida.

a. Extinción de dominio y decomiso in rem

El procedimiento de extinción de dominio se dirige contra bienes ilícitos y es concebido como una acción de carácter real que no persigue el castigo individual, sino que tiene como finalidad extinguir el dominio de los bienes relacionados con actividades delictivas a favor del Estado. Esta acción supone que existe un derecho de dominio sobre los bienes, por lo que se intenta extinguirlo para que sean destinados al Estado. Este tipo de procedimiento ha tenido influencia en la región, particularmente, por la ley modelo sobre extinción de dominio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.⁵¹ Tal como se expresó en el apartado II, el fundamento para regular este tipo de acción radica principalmente en que el Estado pueda contar con herramientas consistentes, prácticas y eficaces de política criminal, tanto de carácter penal como no penal, para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado.⁵²

⁵⁰ Así, se establecía que “los orígenes de la responsabilidad civil se remontan al preciso momento en que la responsabilidad civil se disocia de la penal. La responsabilidad civil tiene una función exclusivamente reparadora. No es ni preventiva ni punitiva, sino puramente indemnizatoria”. (Juan M. Prevot, “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”, *La Ley*, B (2009): p. 747.

⁵¹ La Ley modelo de Extinción de Dominio, elaborada en el año 2011, aparece como una iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) que da continuidad a una larga tradición de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Aquella recoge buenas prácticas a nivel internacional, a fin de conseguir el mejor método de enfoque y una eficiente aplicación para recuperar los bienes relacionados a un ilícito.

⁵² Ver apartado II.D. DNU de extinción de dominio Nro. 62/2019.

Por otra parte, si bien el DNU de Extinción de Dominio Nro. 62/2019 aparece como el primer instrumento argentino encargado de establecer una acción civil para el recupero de activos, existían ya antecedentes en el país que le atribuían al decomiso una naturaleza de carácter *in rem* que tendría como finalidad restituir al Estado los bienes relacionados con actividades delictivas. Entre estos, la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes ya había sostenido que, a partir de la reforma de 1999 —y mucho más desde la reforma de 2011—, el sistema penal argentino incorporó, en forma categórica, decomisos de características *in rem*, en los que:

los bienes sujetos a decomiso [...] tienen una relación específica con el delito: son instrumentos, efectos o el provecho obtenido, con independencia de que se encuentren en poder del imputado o de terceros, salvo cuando éstos son de buena fe y los adquirieron a título oneroso (*sic*).⁵³

Asimismo, en un fallo ya mencionado, se sostuvo que con la reforma de la Ley Nro. 25.188 se introdujeron ciertos elementos *in rem* que transformaron al decomiso en una medida híbrida.⁵⁴ A diferencia de lo que sucede con la extinción de dominio, el fundamento de este tipo de procedimiento reposaría, en lo esencial, en la idea de que el derecho de propiedad solo existe en la medida en que la propiedad sea adquirida a través de los medios que el orden jurídico permite. La adquisición de un bien con base en la comisión de hechos ilícitos estaría viciada en su origen y, por lo tanto, no podría sostenerse válidamente un derecho respecto de esta. Faltaría aquí el título suficiente que es condición para adquirir derechos reales. Por otra parte, se afirma que lo mismo sucede con respecto a los bienes que fueron utilizados para cometer hechos ilícitos: el derecho de propiedad no puede proteger el uso delictivo que se haga de los bienes.⁵⁵

b. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil se presenta como otro mecanismo que ha sido utilizado para asignar la posible naturaleza civil del decomiso. Su fundamento, tanto para el fenómeno de reparación como para el de prevención, se sustenta a partir del daño que se valora como resarcible y no de un acto que se califica como ilícito. De tal modo, el daño se convirtió

⁵³ Guillermo Jorge en Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, 2018, p. 13. Disponible en: <https://www.mpf.gov.ar/dgradb/files/2018/03/Gui%CC%81a-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.

⁵⁴ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A) s/embargo preventivo”, Causa Nro. 43.214, 31 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.mpf.gov.ar/procelac-ap/files/2013/10/Vago_G_Skanska_emb_prev.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

⁵⁵ Marcelo Colombo y Agustina Stabile, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, *La Ley*, D (2005): p. 1400.

en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual gira aquel. No se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, sino de cómo determinar cuál será el patrimonio que, en última instancia, deberá soportar las consecuencias dañosas.⁵⁶ La situación disvaliosa de la víctima acapara la atención del sistema, quedando relegado el análisis de la conducta del dañador a un segundo plano.⁵⁷

i. Función reparadora

Existe una doctrina que sostiene que el recupero de activos plantea el desafío de diseñar estrategias e instrumentos jurídicos eficaces para lograr reparar el daño social producido por la violación al ordenamiento jurídico vigente.⁵⁸ Así es que se le ha atribuido al decomiso una función reparadora o restauradora, especialmente cuando se inserta en una política pública de recupero de activos procedentes de delitos que perjudican al Estado.⁵⁹

Existen precedentes que mencionan que, respecto de los delitos de corrupción, el decomiso cumple una función reparatoria del daño social causado, por lo que resulta importante otorgarle un sentido de restauración de la justicia y restablecimiento del equilibrio perdido, destinado a recuperar para la comunidad los activos obtenidos o utilizados en la comisión de delitos socialmente dañosos.⁶⁰ Por otra parte, se afirma que el recupero de activos pone en la mira el patrimonio de las redes criminales. De esa forma, además, procede a las reparaciones de las víctimas con esos activos y evita la reutilización de las ganancias ilícitas por parte de los criminales.⁶¹

⁵⁶ Carlos A. Calvo Costa, “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, *RCyS*, IV (2015): p. 81.

⁵⁷ Leiva, “La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial”, 2016.

⁵⁸ Nicolás F. Barbier, *Visión integral sobre recupero de activos de origen ilícito* (Buenos Aires: Infojus, 2013), p. 1.

⁵⁹ Mateo Bermejo y Cristian Rachid, “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”, en *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, eds. Carlos Lascano y Juan P. Montiel (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2012), p. 10. E-book. Disponible en: <https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/01/Ebook-Informe-CRIMINT-UNC-2012.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.

⁶⁰ Cámara Federal Casación Penal, Sala IV, “Alsogaray, María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” Registro Nro. 280/17, 09/06/2005. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-25527-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-rechaz--planteos-de-prescripci-n-de-Mar-a-Julia-Alsogaray.html> y Cámara Federal Casación Penal, Sala IV, “Vázquez Manuel s/ recurso de casación”, Registro Nro. 512/16, 29/04/2016. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-21219-La-C-mara-Federal-de-Casaci-n-confirma-el-decomiso-de-dinero-a-Manuel-V-zquez-en-una-causa-por-d-divas-contra-Ricardo-Jaime.html> [Enlaces verificados el día 29 de mayo de 2021].

⁶¹ Barbier, *Visión integral sobre recupero de activos de origen ilícito*, p. 62.

Puede verse que el tema ha sido desarrollado esencialmente con fundamentos en el daño social producido por la comisión de delitos y en la posible reparación de las víctimas en particular. En relación con lo primero, por un lado, se advierte que no existe tal cosa de concebir un posible resarcimiento civil a partir del daño social producido por contradecir el ordenamiento jurídico. Si así lo fuera, cualquier tipo de infracción sería susceptible de una reparación civil. A tal efecto, para que pueda proceder una acción de reparación, debe existir un daño cierto que afecte un derecho individual o colectivo.

Por otro lado, la segunda cuestión contiene dificultades a la hora de explicar cuál es el daño concreto que existe para el Estado o los particulares en su supuesta condición de víctimas. En la mayoría de estos casos, la obtención y utilización de bienes delictivos no trae aparejado un perjuicio susceptible de resarcimiento. Por ejemplo, en un caso de dividendos obtenidos por la inversión de ganancias de una asociación ilícita ¿qué tipo de afectación susceptible de reparación podría exigir el Estado o los particulares? Si bien el daño no deja de ser cierto porque su cuantía sea incierta, indeterminada o de difícil apreciación,⁶² en estos supuestos parecería que no existe una afectación concreta que pueda generar un daño resarcible por el derecho civil.

Asimismo, atribuirle al recupero de activos una finalidad reparadora puede llevar al error de asimilar al decomiso con la indemnización de daños y perjuicios. La acción de daños y perjuicios es un procedimiento que tiene en mira la totalidad del patrimonio que deberá satisfacer el resultado dañoso. Por el contrario, el decomiso consiste únicamente en dar al Estado la titularidad de los bienes vinculados a actividades ilícitas, es decir, la medida va dirigida específicamente sobre esos bienes. Son figuras de distinta naturaleza que pueden proceder sin excluir una a la otra.⁶³

ii. Función preventiva

Siguiendo con el último argumento mencionado, cuando se refiere a que el recupero de activos intenta evitar la reutilización de las ganancias ilícitas por parte de los

⁶² Arturo Alessandri Rodríguez en Carlos Molina Sandoval, “Daño resarcible”, *RCyS*, V (2019): p. 22.

⁶³ Tal como lo establece el Código Penal, el decomiso de bienes puede destinarse a la reparación de los perjuicios. Art. 30, CPN: “La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

criminales, se deja entrever una posible finalidad preventiva del daño.⁶⁴ En esta línea, aparece un precedente que menciona que, con la reforma de la Ley Nro. 25.188, el decomiso tiene una finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito y de evitar que su perpetración no produzca beneficio.⁶⁵

La función preventiva del daño con relación al recupero de activos no ha sido un tema explorado en nuestro país o, por lo menos, no de manera directa. Sin embargo, a partir de su incorporación en el ordenamiento jurídico se comprenden todas las etapas y supuestos posibles en que se puede evitar el perjuicio, incluyendo a los daños continuados, y que procede a partir de una acción u omisión antijurídica que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.⁶⁶

No debe confundirse la función preventiva del daño con las funciones preventivas de la pena pertenecientes a la órbita del derecho penal. Es decir, si bien puede suceder que la prevención del daño tenga como resultado colateral efectos preventivos del delito, el núcleo de la responsabilidad civil se sustenta en el daño resarcible.

La función preventiva del daño procura evitar daños mediante acciones civiles que sean compatibles con la normativa administrativa y penal.⁶⁷ Tal función se materializa a través de una sentencia definitiva o provisoria que tiene como objeto detener o frenar un

⁶⁴ Ver nota Nro. 58.

⁶⁵ “Si bien el decomiso fue considerado originalmente una pena accesoria, circunscripta a los *instrumenta sceleris* y a los efectos que, en forma directa, habría producido el delito, a partir de la reforma de la ley N° 25.188, habría perdido dicha naturaleza en algunos supuestos. Sostuvo que cuando el art. 23 del C.P., según su nueva redacción, admite –en lo que aquí interesa– el decomiso de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito y su aplicación a sujetos no destinatarios de la condena –personas de existencia ideal (en los supuestos previstos por la norma) o terceros a quienes se hubiese beneficiado a título gratuito con aquel producto o provecho–, revela la finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la comisión del delito y de evitar que su perpetración no produzca beneficios –objetivo que habría encontrado concreción legislativa a través de los arts. 29, inc. 1 y 32 del CP–; por lo cual, en estos casos, el decomiso dejaría de ser una pena accesoria. Por ello, la eventualidad de que la medida alcance a personas jurídicas no se traduciría en la atribución de responsabilidad penal, sino en la necesidad de evitar, de recaer una sentencia de condena, la consolidación del provecho o beneficios del delito”. [Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, “Vago, Gustavo (Skanska S.A) s/embargo preventivo”, Causa Nro. 43.214, 31 de agosto de 2010. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Vago_G_Skanska_emb_prev.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

⁶⁶ Art. 1711, CCCN: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

⁶⁷ Aída Kemelmajer de Carlucci, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Dir. Jorge Peyrano y coord. Silvia Esperanza (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016), pp. 363-364.

hecho, hacer cesar la realización de una actividad, asegurar o modificar una situación de hecho o de derecho, imponer obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.⁶⁸

Brevemente, los presupuestos que deben existir para asignarle al decomiso una función preventiva consisten en: 1) una conducta antijurídica, 2) una acción u omisión con razonable aptitud causal para generar un peligro de daño no justificado, 3) razonable previsibilidad de la producción, continuidad o agravamiento del resultado nocivo, ponderada con base en estándares de causalidad adecuada, 4) amenaza de un interés no ilegítimo, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo del accionante; y 5) posibilidad material de detener el efecto lesivo.⁶⁹

iii. Daño resarcible

Como puede advertirse, para que el recupero de activos sea concebido como una medida perteneciente a la esfera de la responsabilidad civil, es necesario identificar si existe un daño resarcible que pueda ser objeto de reparación o prevención. Para esto, hay que tener en cuenta que el actual ordenamiento jurídico recepta como objeto de daño resarcible a los derechos individuales y colectivos.⁷⁰

Ahora bien, se ha dicho que la acumulación de capital, generada por algunos mercados ilícitos, alcanzó tales proporciones que dio lugar al nacimiento de una nueva forma de decomiso —el decomiso del producto del delito—, que se ha convertido en la pieza central de la estrategia globalmente aceptada para reducir los mercados ilícitos y proteger la economía lícita.⁷¹ Este tipo de enfoque surge a partir de las nuevas formas de criminalidad económica que pusieron en el centro de estudio a los efectos que estos generaban.⁷² En tal sentido, se sostiene que el decomiso de los beneficios del delito

⁶⁸ Art. 1713, CCCN: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

⁶⁹ Santiago Fajre, “Los presupuestos de la función preventiva”, *RCyS*, XII (2019): p. 37.

⁷⁰ Art. 173, CCCN: “Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

⁷¹ Guillermo Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008), p. 70.

⁷² Esto encuentra relación con un nuevo enfoque que a fines de los 90 se centró en la influencia perjudicial que los flujos de “dinero sucio” tienen para la economía en general. Por ejemplo, en cuestiones de lavado de dinero, existen estudios que afirman que los efectos adversos en la economía incluyen la distorsión de precios que, llevada al extremo, puede tener efectos macroeconómicos negativos a largo plazo. Del mismo modo, el lavado de dinero puede tener importantes implicaciones sobre la integridad financiera y el riesgo

impide que sean invertidos en la economía legal, reduciendo el efecto anticompetitivo y el incremento del poder económico de las organizaciones.⁷³

Siguiendo con esta línea, aparece la posibilidad de proteger a la competencia en el mercado como un derecho que se encuentra perjudicado ante la presencia de bienes de origen ilícito en el mercado lícito.⁷⁴ Para entender cómo opera este derecho hay que considerar que el bien afectado es colectivo, no aparece un único titular del derecho, y por eso debe existir una legitimación difusa en cabeza del Estado.

Cabe aclarar que no existe una clasificación o catálogo de derechos colectivos referentes a bienes colectivos, sino que estos tienen que reunir ciertas características para que sean comprendidos como tales. La CSJN estableció que existen dos elementos de calificación que resultan relevantes:

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi* pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede afirmarse, pues, que la

de reputación del mercado bancario, lo que, a su vez, puede contribuir a que la actividad económica se desplace de los mercados formales a los informales. (Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción*, p. 7).

⁷³ Mateo Bermejo y Cristian Rachid, “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”, p. 9.

⁷⁴ Hay que tener en cuenta que el derecho a la competencia, en nuestro país, encontró su auge a partir de la reforma constitucional de 1994, que incorporó, en los arts. 42 y 43, la protección de los derechos colectivos en general y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión del mercado.

tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular (*sic*).⁷⁵

Tal como expone la CSJN, es necesario que se tenga como objeto conflicto sobre bienes “colectivos”. Entre estos, los más mencionados suelen ser, por ejemplo, el medio ambiente, el mercado, la competencia, la organización institucional del mercado que tenga en cuenta los derechos de los consumidores, el trato antidiscriminatorio, el patrimonio cultural, la salud pública, entre otros.⁷⁶

A partir de lo desarrollado, aparece en escena la posibilidad de proteger la competencia en el mercado como un derecho colectivo que se ve perjudicado ante la presencia y el incremento de bienes de origen delictivo en el mercado lícito. Es decir, el recupero de activos de origen ilícito se presentaría como un mecanismo que intenta la protección o frenar la continuidad del daño a la competencia en el mercado. Por ejemplo, poner el dinero del tráfico de estupefacientes en una actividad económica da una ventaja competitiva sobre el resto de los competidores que se sujetan a las normas y las reglas del mercado; adquirir un bien con el dinero de un hecho de corrupción produce una ventaja sobre el resto de los individuos que deben adquirir el mismo bien a través de medios legales. Es decir, mientras que un privado, para poner un negocio o expandirse, tiene que

⁷⁵ CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N.- ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. Fallos: 332:111, 24/02/2009. Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y-da-alcance-general-a-un-fallo.html>. Última consulta: 29/05/2021.

⁷⁶ Las características principales que deben contener consisten en: 1) indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan por lo cual se impide la concesión de derechos subjetivos; 2) uso común sustentable: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos, lo cual hace que sobre ellos sea aplicable el problema de “la tragedia de los comunes”, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlo y evitar el sobreuso; 3) no exclusión de los beneficios: todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos; 4) estatus normativo: es necesario que sea calificado como un bien, es decir, un interés genérico merecedor de tutela. La existencia jurídica de un bien colectivo, debe tener un reconocimiento deontológico, en el sentido de que su protección debe ser ordenada; 5) calificación objetiva: la calificación de un bien colectivo surge de una designación normativa objetiva, y no subjetiva; 6) precedencia de la tutela preventiva: el bien de incidencia colectiva puede ser lesionado, restringido, alterado o amenazado. Esta acción debe ser antijurídica, ya que debe existir “arbitrariedad” o “ilegalidad”. En general, el legislador establece la precedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir y finalmente reparar el daño; 7) resarcimiento a través del patrimonio de afectación: cuando hay resarcimiento no hay una indemnización que se traslade al patrimonio de una persona, sino que son gestionados por alguien al que se le adjudica esa función; 8) ubicación de la esfera social: la afectación del bien colectivo se encuentra ubicado en la esfera social, y quien agrede tiene la carga argumentativa de demostrar la legitimidad de su obrar; 9) la regla de protección mediante la calificación como inalienable: los bienes colectivos generan externalidades negativas para un número indefinido de sujetos y no son monetizables, por lo que la regla generalmente aplicable es la de la inalienabilidad. Son indivisibles porque no se pueden dividir para adjudicar derechos de propiedad. [Estos conceptos se encuentran desarrollados con más amplitud en: Ricardo Lorenzetti, *Justicia Colectiva*, 2.^a ed. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2017), pp. 180-183].

acudir al crédito, al ahorro personal, o a inversores; el que ingresa al mercado legal utilizando dinero espurio adquiere una ventaja competitiva directa al poder utilizar esta singular fuente de ingresos.

Por otra parte, cabe mencionar que, de manera concurrente, también pueden producirse consecuencias desfavorables sobre derechos individuales. Por ejemplo, el comerciante que cierra su actividad económica o el que adquiere bienes más caros por una suba en la demanda. Sin embargo, para el tema que nos ocupa, el derecho afectado es la competencia en el mercado, y no los derechos patrimoniales de los particulares.

IV. Estándares internacionales y legislación comparada

En el capítulo anterior se explicó que, con el surgimiento de las distintas finalidades tendientes a conseguir mecanismos para el recupero de activos —decomiso administrativo, extinción de dominio, decomiso *in rem*, decomiso reparador y decomiso preventivo—, se rompió con la tradicional idea que concebía al decomiso únicamente como una pena. Tal como se expondrá a continuación, esto ha sido acompañado por acuerdos internacionales que pusieron en evidencia la importancia del recupero de activos como herramienta de política criminal y también se ha visto reflejado en otras legislaciones que siguieron este tipo de tendencia.

A. Estándares internacionales

Durante las últimas décadas, el instituto del recupero de activos sufrió una gran transformación proveniente, en gran medida, de instrumentos internacionales que introdujeron ciertas disposiciones con mira a que los Estados puedan lograr el decomiso de bienes relacionados con el delito.

En el año 1988, con el nacimiento de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,⁷⁷ se presenta la primera herramienta internacional encargada de incorporar una regulación específica en la materia. Esta Convención instauro la posibilidad de decomisar el producto del delito y los bienes de valor equivalente.⁷⁸ Al respecto, resulta de interés observar que, en los antecedentes, se dejó de manifiesto que existieron grandes dificultades para la redacción de la referida disposición, debido a las diferentes formas de decomiso que se encontraban

⁷⁷ Incorporada en el ordenamiento jurídico interno a través de la Ley Nro. 24.072 del año 1992.

⁷⁸ Art. 5.1, Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/471/norma.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

en los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, algunos lo consideraban como una medida preventiva y otros como una sanción,⁷⁹

Como otro aspecto novedoso, introduce la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto de los bienes sujetos a decomiso.⁸⁰ Este nuevo supuesto dejaría entrever que, si bien los Estados pueden ajustar la jurisdicción del decomiso según su ordenamiento interno, la Convención se inclinaría a que los países opten por un procedimiento civil que posibilite la inversión de la carga probatoria.

Sucesivamente, como consecuencia de la preocupación que tenían los Estados por los daños ocasionados por la corrupción a nivel internacional,⁸¹ en el año 1996 se suscribe la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁸² Aquella contiene, como uno de sus objetivos, adoptar asistencia mutua entre los países para decomisar los bienes relacionados con los delitos de corrupción.⁸³

Posteriormente, en el año 2000, se aprueba la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional,⁸⁴ que contempla el decomiso de bienes relacionados con la delincuencia organizada transnacional e introduce una disposición específica sobre la cooperación internacional entre los países para lograr tales fines.⁸⁵ A tales efectos, se considera que la recuperación de bienes de origen delictivo resulta ser una herramienta muy eficaz de lucha contra la delincuencia organizada que se mueve esencialmente por el afán de lucro.⁸⁶

⁷⁹ Sobre este punto, se dejó en claro que era una esfera en la que los Estados no tenían experiencia y que se encontraba en una etapa experimental en los Estados Unidos. Por tal motivo fue que el Plan del Commonwealth sobre Asistencia Mutua en Asuntos Penales aprobado en 1986 incluyó las disposiciones sobre el producto del delito en la etapa final. (Naciones Unidas, Comentarios de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, S.98.XI.5 (1999), p. 98).

⁸⁰ Art. 5.7, Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, Naciones Unidas. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

⁸¹ Principalmente, fue Estados Unidos quien la impulsó a fin de equilibrar las reglas del juego de las transacciones económicas internacionales, considerando que aquel país ya contaba con una regulación local sobre las prácticas de corrupción a nivel internacional como la “*Foreign Corruption Practice Act*” (FCPA).

⁸² Incorporada en el ordenamiento interno argentino a través de la Ley 24.759 del año 1997.

⁸³ Artículo XV, Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, Naciones Unidas. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp. Última consulta: 29/05/2021.

⁸⁴ Incorporada en el ordenamiento jurídico interno argentino a través de la Ley Nro. 25.632 del año 2002.

⁸⁵ Art. 6, 12, 13 y 14, Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000, Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Última consulta: 29/05/2021.

⁸⁶ “El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el

Por último, y ante la necesidad de incorporar tareas de cooperación y asistencia internacional al tema de la recuperación de fondos y bienes fugados generados en corrupción, en el año 2003 se suscribe la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.⁸⁷ La Convención se caracteriza por ser el primer instrumento internacional obligatorio que estableció el derecho de los Estados parte a repatriar las ganancias obtenidas a través de la comisión de delitos asociados con la corrupción pública que se encuentren en otro país.⁸⁸ En efecto, además de establecer que la recuperación es un principio fundamental,⁸⁹ contiene un capítulo específico que determina obligaciones tanto para los países “víctima” como para los países receptores del producto de hechos de corrupción.⁹⁰

B. Legislación comparada

En este contexto, los países intentaron ajustar sus legislaciones de acuerdo con los estándares internacionales que contenían regulaciones específicas para lograr el decomiso de bienes delictivos. Sin embargo, aquellos se empezaron a encontrar con límites constitucionales que pusieron en discusión el cumplimiento de los mandatos internacionales, especialmente los que afectan el principio de culpabilidad e inocencia que imperan en el derecho penal. Así es que, si bien algunos países ya contaban con una larga tradición que consideraba al decomiso como una medida civil, en la mayoría de estos, al igual que como sucedía en Argentina, el instituto del decomiso se encontraba fuertemente ligado con el concepto de pena. Por lo tanto, estas nuevas regulaciones llevaron a discutir la verdadera naturaleza jurídica del instituto y, en consecuencia, la

principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales”. [Teresa Aguado Correa, “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1695-0194 (mayo de 2013), p. 7. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf> Última consulta: 01/03/2021.

⁸⁷ Incorporada en el ordenamiento jurídico interno argentino a través de la Ley 26.097 del año 2006.

⁸⁸ Guillermo Jorge en Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, 2018, p. 17.

⁸⁹ Art. 51, Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003, Naciones Unidas. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_la_s_NU_contra_la_Corrupcion.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

⁹⁰ Capítulo V (Art 51 a 59), Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003, Naciones Unidas. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_la_s_NU_contra_la_Corrupcion.pdf. Última consulta: 29/05/2021.

viabilidad de concebir ciertas figuras, como pueden ser: el decomiso sin condena, el decomiso de terceros inocentes, el decomiso ampliado,⁹¹ entre otros.

Como resultado, la mayoría de los países han llevado esta cuestión ante los tribunales superiores y han incorporado el instituto, ya sea a través de una regulación específica de orden civil, penal o de un procedimiento mixto o bien llamado *sui generis*.

a. Estados Unidos

El decomiso se encuentra regulado dentro del Título 18 de la Parte I del Capítulo 46 del Código de Estados Unidos. Por un lado, el decomiso penal aparece en la sección 982 y, por el otro, el decomiso civil, en las secciones 981, 983, 984, 985 y 986. Este último consiste en una acción *in rem* dirigida contra ciertos bienes, por causales que no tienen que ver con conductas individuales, sino con ciertas situaciones objetivas en las que se sospecha que los bienes están vinculados a actividades delictivas.

A lo largo de la historia, el decomiso civil en Estados Unidos ha sido duramente criticado, principalmente, por considerar que contenía poderes excesivos y otorgaba pocas posibilidades de defensa. Fue a partir del año 2000 que se reformó el tradicional decomiso civil a través de la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* que, si bien extendió su ámbito de aplicación, otorgó más protecciones y garantías en aquel procedimiento. Por ejemplo, antes de la reforma el gobierno solo debía demostrar que era probable que los bienes provinieron de un delito para que la carga de probar lo contrario fuera trasladada al demandado. En cambio, después de la reforma se requiere un estándar más exigente a partir de una preponderancia de la evidencia.⁹² Esta última establece una regla cuya máxima es más probable que improbable, la que consiste en que los elementos probatorios acrediten preponderancia sobre el origen delictivo de los bienes.⁹³

Siguiendo con el análisis histórico, si bien la Corte de Estados Unidos, desde el año 1974, ha establecido que el decomiso civil es una medida preventiva para evitar la

⁹¹ El decomiso ampliado consiste en decomisar bienes de actividades delictivas que no están directamente relacionadas con la infracción por la que ha sido condenada la persona, es decir, no existe ningún vínculo directo entre la infracción que da lugar a la condena y el bien decomisado, en lo que respecta a la naturaleza y a la cuantía. Se trata de un principio de decomiso ampliado de los bienes del condenado que a) proceden de actividades desarrolladas en un periodo anterior a la condena b) proceden de actividades “similares” c) tienen desproporción entre el valor de la propiedad y los ingresos legales de la persona condenada.

⁹² Congreso de los Estados Unidos, General rules for civil forfeiture proceedings, U.S.C. 18, § 983: “(1) the burden of proof is on the Government to establish, by a preponderance of the evidence, that the property is subject to forfeiture”.

⁹³ Este estándar si bien cuenta con menor exigencia que el *beyond reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable) que rige en materia penal, es un estándar más elevado que el *probable cause* (causa probable).

circulación de bienes mal habidos,⁹⁴ este continuó siendo objeto de varias críticas. En efecto, se consideraba que la medida constituía una sanción que debía estar limitada por la prohibición de doble enjuiciamiento cuando la persona que era dueña de los bienes se encontraba sometida a un proceso penal.

Así es que la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “United States v Ursery” del año 1996,⁹⁵ se expidió a favor de su naturaleza civil para afirmar que no se estaba en contra de la prohibición de doble enjuiciamiento. En los hechos del caso, el Gobierno de los Estados Unidos inició un proceso penal contra Ursery por fabricar marihuana en su propiedad y un procedimiento de confiscación civil contra esta. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones revocó la sentencia por motivos de doble incriminación, y el Gobierno apeló esta decisión ante el Tribunal Supremo.

Es dable remarcar que existían dos decisiones de este Tribunal (“Estados Unidos v. Halper” y “Austin v. Estados Unidos”), en las que se había concluido que la acumulación de la confiscación civil *in rem* y el enjuiciamiento penal violaban la doctrina del doble juzgamiento de la Quinta Enmienda. Llegado el caso a la Corte, esta determinó que las conclusiones del Tribunal de Alzada eran incorrectas y estaban en contra de la larga tradición de Estados Unidos. A tal fin, se pretendía determinar si la confiscación de bienes civiles constituía un castigo en términos de la cláusula de doble incriminación de la Quinta Enmienda que prohíbe los sucesivos enjuiciamientos y castigos por el mismo delito.

En definitiva, el Alto Tribunal afirmó que las confiscaciones de bienes civiles no constituían un castigo a los efectos de la doble incriminación. En este sentido, se sostuvo que la figura consistía en una medida civil reparadora y no en un castigo penal punitivo y, si bien la cláusula de doble incriminación protege al acusado de ser castigado dos veces por el mismo delito, en estos casos sería distinguible el remedio civil de las sanciones penales.

Además, se dijo que resultaría evidente que, al establecer un decomiso civil, la intención del Congreso no consistía en la posibilidad de poder aplicar dos sanciones punitivas en violación a la doble incriminación, sino en la de atribuirle al decomiso civil una naturaleza reparadora a partir de la comisión del mismo delito. Por otro lado, se

⁹⁴ Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663 (1974).

⁹⁵ United States v. Ursery, 518 U.S. 267 (1996).

afirmó que el carácter reparador mantiene su fundamento en el objetivo de alentar a los propietarios a cuidar sus bienes, protegiéndolos del uso ilegal.

Este sistema propone, por un lado, un decomiso civil *in rem* y, por el otro, un decomiso penal considerado *in personam*, aplicable con la imposición de una sentencia penal por la comisión de ciertas figuras típicas establecidas taxativamente por la ley.⁹⁶ A diferencia del decomiso civil, el decomiso penal se justifica como un castigo criminal y se impone a una persona por su presunta conducta indebida, en un proceso dirigido contra esta y no en un procedimiento judicial dirigido contra un objeto inanimado a través de la ficción legal.

Asimismo, la Corte Suprema estadounidense consideró que la combinación de ambos procedimientos, cuando el decomiso penal deviene inviable, le da al sistema una versatilidad que mejora la recuperación de activos y no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple.⁹⁷

De manera contraria, los que critican este sistema hablan decididamente de que se está en presencia de una “ficción legal de propiedad culpable”. Aun cuando la autoridad no disponga de indicios suficientes para inculpar o condenar a alguien, se puede, pese a todo, imponer la confiscación de derecho civil. Por ello se afirma lo siguiente: “[l]a confiscación civil/administrativa representa un bonito sueño para el Ministerio Fiscal y una pesadilla para la defensa”.⁹⁸

Por otra parte, en contra de las confiscaciones abusivas, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció, en un caso reciente, que la Octava Enmienda sobre la prohibición de imponer multas excesivas es aplicable a los gobiernos estatales y locales. En el caso, el Estado de Indiana confiscó a Tyson Timbs una camioneta de US\$ 42.000 que había obtenido de manera legal, después de una condena por venta de drogas por un valor de US\$ 200, cuando existía un límite de multa máximo de US\$ 10.000 por ese delito. Esto a partir de las leyes que facultan al Estado a la confiscación de vehículos que hayan sido

⁹⁶ Criminal forfeiture, 18 U.S.C. § 982.

⁹⁷ “The combination of both confiscation proceedings gives the system a versatility that enhances effective asset recovery. The Supreme Court’s rejection of the double jeopardy challenge between the criminal and civil forfeiture proceedings has ended the dispute over this issue and enables the prosecution to switch from criminal to civil forfeiture whenever the need arises (e.g. in the event that the defendant dies before a final conviction could be secured”. (Financial Action Task Force, “Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism”, United States of America (23 de junio de 2006), p. 46. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20US%20full.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.

⁹⁸ John A. E. Vervaele, “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos”, *Actualidad Penal*, 14 (1999): pp. 291-315.

utilizados para cometer delitos. La defensa del caso manifestó que el sistema judicial estadounidense se apoya cada vez más en multas y confiscaciones para financiarse de manera abusiva.⁹⁹

b. Reino Unido

El sistema establecido en el Reino Unido cuenta con un procedimiento de decomiso penal y, paralelamente, responde a un procedimiento autónomo de carácter civil llamado *confiscation order*, regulado por la *Proceeds of Crime Act* del año 2002. La Sección V de esta Ley otorga al director de la Agencia de Recuperación de Activos el poder de iniciar procedimientos *in rem* contra aquellos bienes sospechados de provenir de actividades ilícitas.

El procedimiento de decomiso civil se ha sostenido con base en la jurisprudencia de los Tribunales Supremos del Reino Unido y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que han afirmado que el decomiso no se vincula con la noción de culpabilidad del autor.

En el caso “Welch v. United Kingdom” del año 1995,¹⁰⁰ el TEDH afirmó que la naturaleza jurídica del decomiso no dependía del procedimiento asignado por el derecho local, como tampoco del fundamento utilizado en los debates parlamentarios. Al contrario, se afirmó que la decisión dependía del alcance del concepto de “producto” del delito y de las consecuencias que se derivaran del incumplimiento del decomiso. Uno de los aspectos considerados por el TEDH consistió en determinar si la regulación del decomiso comprendía el producto bruto o el producto neto. Si el decomiso se limitaba al beneficio obtenido al momento de la sentencia, descontados los gastos incurridos, ello podría ser un indicador del carácter “restitutivo”. En cambio, si el decomiso abarcaba la totalidad de lo producido por el delito, con independencia de los gastos incurridos, sería un indicador de que se trataba de una sanción penal. Además, el TEDH tuvo en cuenta las consecuencias frente al no cumplimiento de la orden de decomiso. Si el legislador permitía sustituir el decomiso por la aplicación de una pena de prisión o aplicar dicha pena frente al incumplimiento del pago del monto decomisado, reafirmaría el carácter punitivo de ese decomiso.

⁹⁹ *Timbs v. Indiana* Certiorari to the Supreme Court of Indiana, U.S. (2019).

¹⁰⁰ TEDH, “Welch v. United Kingdom”, sentencia de 15 de febrero de 1995.

En otro caso del año 2002, “Butler v. Reino Unido”¹⁰¹, el Tribunal Europeo evaluó la viabilidad del decomiso inglés, mediante el cual la autoridad aduanera estaba autorizada a decomisar dinero en efectivo sobre el que existían sospechas razonables de que el producto provenía de actividades vinculadas al narcotráfico. El Tribunal encontró más probable que el dinero fuera destinado a una transacción de tráfico y ordenó el decomiso. El TEDH sostuvo que en el caso la orden de decomiso fue una medida preventiva y no una sanción penal, ya que estaba pensada para sacar de circulación el dinero presumiblemente destinado al tráfico internacional de estupefacientes, sin que ello implique una acusación penal.

Asimismo, en el año 2005 la High Court de Irlanda del Norte convalidó el carácter preventivo de este sistema en “Walsh v. Asset Recovery Agency”.¹⁰² En el caso, Walsh había sido absuelto en un proceso penal por fraude y, sin embargo, la agencia de recuperación de activos había obtenido el decomiso civil de algunos de sus bienes. La sentencia fue convalidada sobre la base de que la finalidad del procedimiento era simplemente recobrar la propiedad y no condenar o castigar a ninguna persona por haber infringido prohibiciones penales.

c. España

El régimen general de decomiso se encuentra regulado dentro del Título VI del Código Penal español como una consecuencia accesoria. Si bien desde sus orígenes este ha sido caracterizado como una pena accesoria,¹⁰³ a partir de la reforma que aconteció con la Ley Orgánica Nro. 1/2015, la medida sufrió una serie de modificaciones. Dichos cambios llevaron a considerar que el decomiso contenía otras finalidades que se apartaban de la vieja tradición que lo ligaba únicamente con la pena. Así, se extendió la regulación para las modalidades de decomiso sin condena, decomiso ampliado y decomiso de bienes de terceros, las cuales resultaban ser las más polémicas por su eventual contraposición con los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia que imperan en el derecho penal.

¹⁰¹ TEDH, “Butler v. Reino Unido”, sentencia de 27 de junio de 2002.

¹⁰² Walsh v. Asset Recovery Agency, High Court de Irlanda del Norte (2005).

¹⁰³ “En España la figura del decomiso ha estado presente en el Derecho positivo, en su origen como pena accesoria, afectando a los instrumentos y efectos procedentes del delito, pero no a las ganancias ilícitamente obtenidas. Sin embargo, a pesar de la ausencia de una regulación específica, la jurisprudencia resolvía la cuestión considerando a las ganancias como efecto del delito y las decomisaba como tales”. (Mateo Bermejo, “El decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal Español. Análisis histórico y conceptual”, *Latin American Legal Studies*, vol. 4 (febrero de 2019): p. 22.

De tal manera, el Código Penal español comprende, en el art. 127, el decomiso para efectos, medios, instrumentos y ganancias relacionadas con el delito, el decomiso de delitos imprudentes y de bienes de valor equivalente; en el art. 127 *bis* regula el decomiso ampliado; en el art. 127 *ter* prevé el decomiso sin condena cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se den ciertos supuestos; en el art. 127 *quater* permite el decomiso para terceros de buena fe para los casos en los que hayan tenido motivos para sospechar ese origen; en el art. 127 *quinquies* establece el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado cuando se cumplan ciertos requisitos; en el art. 127 *sexies* dispone la aplicación de un catálogo de presunciones a tal efecto; y el art. 127 *septies* regula el decomiso ampliado de bienes de valor equivalente.

Para regular dichas cuestiones, en la exposición de motivos se sostuvo que la naturaleza del decomiso no era necesariamente penal, ya que no se trataba de un régimen de sanción con un fundamento ajustado a la culpabilidad del hecho. Así, se expresó que:

[t]radicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, tal interpretación desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein). El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto [...] La regulación, por lo demás, es, como se ha afirmado en la jurisprudencia constitucional comparada, ajustada a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, pues no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Margarita Roig Torres, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI (febrero de 2016): p. 229.

A partir de estas consideraciones, cierta doctrina sostiene que no se le puede asignar al decomiso una naturaleza punitiva, sino que consiste en una consecuencia *sui generis* del delito, distinta de la pena y de las medidas de seguridad.¹⁰⁵ En este sentido, se afirma que, en el caso del decomiso de las ganancias, la medida no consistiría en una sanción penal ya que no tiene una finalidad aflictiva, sino que intenta corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilícita.¹⁰⁶

En definitiva, a la luz de las sucesivas reformas legislativas y de las controversias doctrinales, en la actualidad se considera que este dinamismo reformista deja de lado la tradicional idea que consideraba al decomiso de las ganancias únicamente como una pena accesoria y lo transforma como una medida a caballo entre el derecho penal y el derecho civil.¹⁰⁷

d. Alemania

En materia de recupero de activos, Alemania cuenta con la confiscación (*Einziehung*) dentro del Título VII del Código Penal (*Strafgesetzbuch*) que refiere a las consecuencias jurídicas del hecho. Los supuestos básicos de los bienes que pueden ser objetos de la medida comprenden a las ganancias del delito y sus derivados,¹⁰⁸ y al producto y los instrumentos utilizados o destinados para tal fin.¹⁰⁹

En relación con la naturaleza jurídica de las ganancias del delito, se afirma que se trata de una medida *sui generis*, consistente en requisar las ganancias patrimoniales obtenidas ilegalmente con un fin preventivo, en tanto la realización de un delito no debe suponer un beneficio para su autor o partícipe ni para los terceros amparados por ellos.¹¹⁰

Con relación a la confiscación extendida (decomiso ampliado), el Tribunal Constitucional alemán en un precedente sostuvo que la medida no era una pena, ya que

¹⁰⁵ Roig Torres, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, p. 268.

¹⁰⁶ Carlos Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *InDret* (enero de 2019): p. 38.

¹⁰⁷ “En pocos años se ha llegado a un enunciado legal que alcanza a diversos artículos del Código Penal y que permite advertir que en los casos del decomiso ampliado y del decomiso sin sentencia condenatoria no rigen los principios de culpabilidad ni de inocencia, ya que se tratan de medidas de carácter civil más que penal, aunque sí se admite que resultan aplicables el principio procesal del carácter contradictorio del proceso y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para asegurar la participación de los afectados en el proceso de decomiso”. (Bermejo, “El decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal Español. Análisis histórico y conceptual”, p. 37).

¹⁰⁸ StGB § 73.

¹⁰⁹ StGB § 74.

¹¹⁰ Margarita Roig Torres, “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania. Interpretación jurisprudencial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (noviembre de 2018): pp. 559-560.

su objetivo consistía en requisar las ganancias patrimoniales obtenidas ilegalmente con un fin preventivo. Así, se expresó que:

[l]a privación de los beneficios de propiedad obtenidos no persigue el reembolso represivo, sino que tiene objetivos preventivos. Reducir las ganancias no implica la imposición de un mal, sino la eliminación de una ventaja [...] La confiscación extendida tiene por objeto eliminar una futura asignación de activos en violación al derecho penal y evitar la interrupción del sistema legal asociado con el enriquecimiento penal del autor [...] Su objetivo, como el de otras medidas preventivas para remediar fallas, está orientado hacia el futuro [...] Este objetivo preventivo general corresponde a un principio que se aplica a todas las áreas de la ley, según el cual una situación de activos que es inconsistente con el sistema legal debe ser equilibrada.¹¹¹

Por otra parte, cuando la norma habla de los instrumentos y el producto se distinguen dos categorías con naturaleza distinta: la primera, asimilable a una pena accesoria; y, la segunda, adoptada por razones de seguridad.¹¹² Por tanto, se considera una pena accesoria el decomiso de los instrumentos utilizados o destinados para cometer el delito de los cuales el autor ya era dueño al momento de cometer el hecho, y una medida por razones de seguridad al decomiso de los objetos que entrañan un peligro para la sociedad o un riesgo de ser utilizados en futuros delitos.

V. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del decomiso

A partir de lo desarrollado, puede afirmarse que el decomiso no constituye un instituto jurídico uniforme y, en consecuencia, resultaría un esfuerzo en vano intentar atribuirle una única naturaleza jurídica.¹¹³ Por ello, con base en lo desarrollado, se analizará si el decomiso debe ser considerado necesariamente de naturaleza penal o si, en ciertos supuestos, se le puede asignar una naturaleza civil o administrativa.

Cabe aclarar, por otra parte, que lo que se busca es demostrar que, en rigor, aunque se aplique un decomiso en el marco de un juicio penal y por un juez penal, no en todos los casos significa que la medida sea realmente una pena, sino que podrá ser una de tipo civil o administrativa, dependiendo de su finalidad asignada. Con esto no se intenta caer

¹¹¹ 2 BvR 564/95, BVerfG (2004).

¹¹² Kindhauser y Jescheck en Margarita Roig Torres, “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, p. 225.

¹¹³ Siguiendo la opinión de Castellví Monserrat, tratar de atribuir a todas las clases de decomiso una única naturaleza es una tarea abocada al fracaso. Del mismo modo que no es posible encontrar una naturaleza común a todas las medidas catalogadas como consecuencias accesorias en el Código penal, tampoco todos los tipos de decomiso, por mucho que todos ellas consisten en privar definitivamente de un bien a una persona, persigan la misma finalidad ni deban tener la misma naturaleza (Carlos Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, p. 33).

en un fraude de etiquetas, sino identificar qué es lo que se busca con esta medida, cuál es su verdadera finalidad o, más bien, cuál es su verdadera naturaleza jurídica.

A. Decomiso civil

Con base en los conceptos expuestos, se pretenderá dilucidar si el decomiso puede ser concebido como una medida de naturaleza jurídica civil en el ordenamiento jurídico argentino. De manera inicial, tal como se mencionó en el apartado III, el decomiso consistirá en una medida civil cuando tenga como finalidad restituir, reparar o prevenir un daño.

a. *Decomiso in rem*

En el apartado III se explicó que el decomiso de naturaleza *in rem* consiste en una medida que se dirige contra ciertos bienes por causales que no tienen que ver con la culpabilidad individual, sino con situaciones objetivas en las que se sospecha que los bienes están vinculados a actividades delictivas. Esta medida presupone que no existe un verdadero derecho sobre los bienes que fueron utilizados o adquiridos ilícitamente.

Asimismo, ciertas legislaciones —incluida aquí la legislación argentina— han regulado una acción de extinción de dominio como un procedimiento autónomo de carácter *in rem*, que, de manera contraria al decomiso *in rem*, considera que existe un derecho sobre los bienes ilícitos, pero que estos deben ser extinguidos a favor del Estado.¹¹⁴

Sin embargo, en mi opinión, puede sostenerse que se presentan grandes dificultades a la hora de atribuirle al recupero de activos mecanismos de esta naturaleza. Principalmente, las críticas que pueden plantearse son las siguientes. En primer lugar, surge como una ficción que intenta seguir un procedimiento contra las cosas y que afectaría el derecho a la defensa de las personas que son titulares o poseedoras de los bienes. En segundo lugar, no puede afirmarse que no exista un derecho sobre los bienes adquiridos con dinero espurio, es decir, para que exista un derecho real no importa la proveniencia del dinero con el que se adquirió el bien, sino que basta con acreditar título y modo suficientes.¹¹⁵ En tercer lugar, cuando se dice que ley no ampara el ejercicio

¹¹⁴ Ver apartado III.C.a. Extinción de dominio y decomiso *in rem*.

¹¹⁵ Art. 1892, CCCN: Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Última consulta: 29/05/2021.

abusivo de los derechos¹¹⁶ no significa que se le deba consagrar al Estado una especie de facultad extraordinaria para intervenir civilmente sobre los derechos de los particulares o “las cosas” que considere que no deban ser protegidos.¹¹⁷ En cuarto lugar, el decomiso *in rem* no puede explicar por qué los bienes tendrían que ser restituidos al Estado. Así es que, en la mayoría de los casos, no se podrá acreditar que aquel haya ejercido un derecho sobre esos bienes que suponga un caso de restitución. Por este motivo es que algunas legislaciones regulan un instituto específico de extinción de dominio a favor del Estado. Finalmente, en quinto lugar, la acción de extinción de dominio solo encuentra su fundamento en decisiones político criminales para conseguir herramientas eficaces para el recupero de activos a favor del Estado. Pero, más allá de esto, no aporta argumentos sólidos para poder explicar por qué la medida no consistiría en una pena.

A partir de las críticas expuestas, puede concluirse que, cuando se le asigna al decomiso civil fundamentos de carácter *in rem* o de extinción de dominio, se termina creando una ficción legal en la que la cosa o propiedad es tratada como la parte culpable. Esta ficción legal descansa en la teoría de la personificación, según la cual un objeto inanimado es atribuido de una personalidad y luego responsabilizado por “su” acción. En definitiva, parecería que este tipo de fundamentos basados en aquella “ficción de propiedad culpable” no contendría otra finalidad más que encubrir un castigo individual.

Cabe advertir que, a partir de estas conclusiones, se considera que la finalidad asignada por el DNU de Extinción de Dominio Nro. 62/2019 para atribuir su naturaleza civil no daría fundamentos válidos para explicar por qué no consistiría en una pena. Sin embargo, tal como se expondrá a continuación, de realizarse con otros fines, que perfectamente podrían ser apuntados por un juez civil, la medida establecida para el recupero de activos podría resultar legítima y acorde a la CN.

¹¹⁶ “El ejercicio abusivo de los derechos consiste en una situación jurídica en la que el autor crea en un contexto para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de un derecho o una facultad de la otra parte” Ricardo Lorenzetti (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014), p. 62.

¹¹⁷ En cambio, si implica que no pueda existir una protección jurídica sobre bienes o derechos delictuosos, como, por ejemplo, para pedir una indemnización por adquirir estupefacientes de mala calidad o reclamar una patente sobre un bien adulterado o prohibido. Cuando se expone el argumento del ejercicio abusivo de los derechos para justificar el decomiso civil, se pone como ejemplo un caso en el que el demandante reclama protección sobre su marca de cigarrillos, la cual consistía en un producto adulterado y que configuraba una figura defraudatoria prevista por la ley de marcas. La CSJN concluyó entonces que el demandante “no tenía derecho a ser protegido en el uso exclusivo de su marca, por cuanto se ha servido de ella en una forma delictuosa...” (*Fallos* 38:38, “Juan Posse y Cía. c. D. León Durand”, en Colombo y Stabile, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”).

b. Decomiso preventivo

La reparación y prevención del daño aparecen como otras de las finalidades asignadas al recupero de activos para sostener la naturaleza civil del decomiso. Para verificar si se está ante alguno de estos supuestos, primero tiene que existir un daño resarcible por el derecho civil. La cuestión, entonces, consiste en determinar cuál es el daño que se produce con la existencia de bienes relacionados con actividades delictivas.

Tal como se mencionó en el apartado III, se sostiene que el decomiso del producto del delito se ha convertido en la pieza central de la estrategia globalmente aceptada para reducir los mercados ilícitos y proteger la economía lícita;¹¹⁸ y que el decomiso de los beneficios del delito impide que sean invertidos en la economía legal, reduciendo el efecto anticompetitivo y el incremento del poder económico de las organizaciones.¹¹⁹

A partir de estas consideraciones, puede concluirse que, con la aparición de bienes de origen ilícito en el mercado lícito, se produce una afectación al derecho colectivo de la competencia en el mercado.¹²⁰ Este daño solo puede surgir a partir de los bienes de origen ilícito que son el producto o el provecho del delito; no así, con los instrumentos que fueron obtenidos de manera lícita.

El mercado se define como toda institución social en la cual los bienes y servicios, así como los factores productivos, se intercambian libremente.¹²¹ Si bien hay diferentes tipos y formas de mercados, lo que aquí interesa es la protección de la competencia en los mercados lícitos.¹²² Cuando se ponen bienes de origen ilícito en el mercado lícito, se produce una ventaja sobre el resto de la sociedad que se somete al cumplimiento de las leyes y las reglas del mercado. Esta ventaja trae como resultado una distorsión en las reglas del juego y una afectación al correcto y normal funcionamiento de la competencia.

De ahí que ingresar a una actividad económica a través de medios ilícitos genera una ventaja competitiva directa sobre los que se encuentran sujetos a las normas y reglas del mercado. Es decir, mientras que estos ingresan únicamente a través de los medios legales establecidos —crédito, ahorro personal, inversores, etc.—, aquellos otros cuentan con una

¹¹⁸ Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción*, p. 70.

¹¹⁹ Bermejo y Rachid, “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”, p. 9.

¹²⁰ Ver apartado III.C.b.iii. Daño resarcible.

¹²¹ Francisco Mochón Morcillo y Víctor A. Beker, *Economía. Principios y aplicaciones*, 4.^a ed. (México: McGraw-Hill Interamericana, 2008), p. 23.

¹²² Existen también los llamados “mercados negros” referidos a la venta clandestina e ilegal de bienes, productos o servicios, que violan la fijación de precios o el racionamiento impuesto por el gobierno o las empresas.

singular fuente de ingresos que se obtiene de actividades delictivas —narcotráfico, corrupción, trata de personas, etc.—.

En esta sintonía, cierta doctrina afirma que quien resulte beneficiado por la comisión de un delito estará rompiendo las reglas del juego social vinculadas con la obtención de su posición patrimonial. Por utilizar un ejemplo conocido: el comerciante que evade sus impuestos tiene una ventaja competitiva en el mercado respecto de quien los paga.¹²³ Cuando el Estado elimina esa ventaja mediante el decomiso, lo que hace es rectificar una situación que no debería haberse generado y que, una vez realizada, continúa produciendo efectos.¹²⁴ Asimismo, Zaffaroni, Alagia y Slokar traen como ejemplo un supuesto de incautación de los beneficios societarios ilícitos, en el que, según los autores, existe una finalidad restitutiva o reparadora en la que el Estado asume la representación de intereses difusos o colectivos.¹²⁵

En esta misma línea, en el apartado IV se mencionó que, en los países que han desarrollado esta cuestión, se ha sostenido que el decomiso del producto y el provecho consiste en una medida preventiva y no en una sanción penal, ya que está pensada para (i) sacar de circulación el dinero presumiblemente destinado al tráfico internacional de estupefacientes;¹²⁶ (ii) intentar corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilícita;¹²⁷ (iii) no implicar la imposición de un mal, sino la eliminación de una ventaja; y (iv) su objetivo, como el de otras medidas preventivas para remediar fallas, está orientado hacia el futuro.¹²⁸

¹²³ CSJN, “Dr. García Pinto, José p/ Mickey SA s/ Infracción art. 44 inciso 1, ley 11.683”, 5/11/1991, *Fallos* 314:1376: “la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes. La tan mentada equidad tributaria se tornaría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva. Precisamente resulta un hecho notorio la situación en que se encuentran aquellos que en el ejercicio de sus actividades cumplen con los recaudos que las leyes y reglamentos les imponen, frente a otros que operan en los circuitos económicos informales y de creciente marginalidad. El cumplimiento de los extremos formales constituye, en el caso, el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado. En lo particular, las exigencias relativas a la emisión de facturas se establecen para garantizar la referida igualdad tributaria; desde que permiten determinar la capacidad tributaria del responsable y ejercer el debido control del circuito económico en que circulan los bienes”. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=3130>. Última consulta: 29/05/2021.

¹²⁴ Roldán, “Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal”, p. 69.

¹²⁵ Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, p. 50.

¹²⁶ Ver nota Nro. 100, TEDH, “Butler v. Reino Unido”, 27 de junio de 2002.

¹²⁷ Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, p. 38.

¹²⁸ Ver nota Nro. 110, 2 BvR 564/95, BVerfG (2004).

En este marco, la finalidad de la medida consistirá en evitar que los bienes de origen delictivo ingresen en el mercado lícito —evitar el daño— o sacarlos de circulación —evitar que se continúe produciendo o se agrave el daño—. ¹²⁹ Es por esto que puede sostenerse una legitimación en cabeza del Estado para evitar una perturbación en la competencia del mercado como consecuencia de una situación patrimonial ilícita.

Por otra parte, para que esta medida sea considerada como de naturaleza civil no basta con determinar su finalidad; sino que, en conformidad con lo establecido en “*Welch v. United Kingdom*”, será necesario que la regulación del instituto, el desarrollo del proceso y las consecuencias del decomiso no contengan componentes punitivos que supongan consecuencias relacionadas con la culpabilidad. ¹³⁰

Para resumir, el decomiso consistirá en una medida de naturaleza civil cuando contenga los siguientes componentes: 1) el decomiso debe recaer sobre el producto o provecho que se obtuvo a partir de la comisión de delitos; 2) debe existir un peligro de daño no justificado que, en este caso, consiste en la afectación a la competencia en el mercado; 3) la medida tiene que estar dirigida a evitar el daño o su agravamiento; y 4) la regulación del instituto y las consecuencias del decomiso no deben contener elementos punitivos que importen consecuencias asociadas a la culpabilidad.

B. Decomiso administrativo

En el apartado III se explicó que la diferencia que existe entre la sanción administrativa de decomiso y la coacción directa de secuestro radica, principalmente, en que la primera consiste en una medida definitiva; y, en cambio, la segunda es una medida cautelar. A diferencia de la sanción de decomiso que procede ante la infracción de normas administrativas, la coacción directa de secuestro se emplea frente a un peligro, por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. ¹³¹

No obstante, en los casos en los que el Estado intente conseguir una medida definitiva sobre los bienes peligrosos o prohibidos, tanto para bienes muebles e inmuebles, se sostiene que el instituto opera materialmente como una medida de seguridad y no como un decomiso. Es decir, surge como una prerrogativa del Estado asumir las facultades de poder de policía por medio de medidas de seguridad ante situaciones que puedan poner

¹²⁹ Ver capítulo III.C.b.ii. Función preventiva.

¹³⁰ Ver nota Nro. 99, TEDH, “*Welch v. United Kingdom*”, sentencia de 15 de febrero de 1995.

¹³¹ Ver capítulo III.B. Las medidas administrativas.

en peligro a la sociedad. Esto no constituye una sanción y, si no hay sanción, tampoco hay decomiso, pues —desde el plano del derecho administrativo— este consiste en una sanción.¹³² Este supuesto no debe ser entendido como una sanción administrativa ni como una pena, sino como una medida que intenta preservar la seguridad común. Es por esto que también se afirma que el decomiso de bienes peligrosos para la seguridad que pueda afectar a terceros, comprendido en el art. 23 del CPN, no consiste en una pena accesoria, sino en una medida administrativa.¹³³

Esta medida de seguridad puede recaer sobre cualquier tipo de bien que resulte peligroso para la seguridad común, ya sea instrumento, producto o provecho —aunque no se estaría ya en presencia de un decomiso, como lo denominan algunas legislaciones, sino ante una medida de seguridad. Cabe advertir igualmente que, en la mayoría de los casos, esta medida de seguridad recaerá sobre el producto del delito: la moneda falsa, los estupefacientes producidos, los medicamentos adulterados, etc. Pero, esto no quiere decir que el decomiso del producto sea siempre una medida administrativa, o que aquella se encuentre únicamente relacionada con el producto del delito. En definitiva, lo que aquí importa es la peligrosidad del bien para la seguridad común o la ilegalidad del bien en sí mismo.

Zanjada aquella cuestión, estaremos en presencia de una sanción administrativa de decomiso cuando la medida consista en la pérdida definitiva de la propiedad de un bien mueble como castigo a una ley de policía.

En lo que respecta a las sanciones administrativas, en torno a la problemática que existe para diferenciarlas de las sanciones penales, se requiere un estricto control jurisdiccional para evitar que el Estado se exceda arbitrariamente en el ejercicio de sus facultades de poder de policía.¹³⁴

Sin embargo, se advierte que, en la mayoría de los casos, la afectación al derecho a la propiedad proveniente de la sanción de decomiso y el daño causado por la infracción

¹³² “En los casos de demolición de un edificio o de un muro que amenacen de ruina, la destrucción de los mismos no se efectúa a título de ‘decomiso’, sino a título de medida de policía sobre las vías o calles públicas con que lindan los referidos edificio o muro [...] La destrucción de ese edificio o de ese muro no constituye una ‘sanción’ alguna, sino una medida de ‘seguridad’, que esencialmente, tiende a la custodia o protección de una cosa dominical o del dominio público: la calle o camino. No habiendo ‘sanción’ tampoco hay ‘decomiso’, pues este es una sanción” (*sic*). [Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 6.^a ed., 2.^a reimp. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), p. 386].

¹³³ Creus, *Derecho Penal. Parte General*, p. 520.

¹³⁴ Ver capítulo III.B.b. Sanción administrativa.

de normas administrativas podrían llegar a resultar desproporcional.¹³⁵ Estas cuestiones plantean la necesidad de prestar una debida atención en considerar al decomiso administrativo como una facultad excesiva que colisiona con normas constitucionales protectoras del derecho de propiedad privada en cuanto aquella es inviolable, salvo sentencia emanada del Poder Judicial y fundada en ley. En consecuencia, algunos autores sostienen que, en definitiva, esta medida de policía de la propiedad contiene una sustancia de sanción penal, de carácter preventivo-represivo que, a su vez, como sanción, puede ser principal y accesoria.¹³⁶

C. Decomiso penal

Resta analizar si queda, en rigor, un decomiso que estrictamente tenga naturaleza penal, en el sentido de que su imposición resulte efectivamente una pena. Se trata, entonces, de determinar, a la luz de una concepción negativa del concepto de pena, si puede afirmarse que la imposición de un decomiso constituye el ejercicio de coerción que impone una privación de derechos o dolor, la cual no restituye ni repara o previene el daño y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.¹³⁷

En virtud de lo expuesto, surge que el decomiso de bienes que son el producto o provecho del delito tiene una finalidad preventiva del daño. Por otra parte, las medidas de seguridad sobre los bienes peligrosos o prohibidos para la sociedad mantienen la finalidad de detener lesiones en curso o neutralizar peligros inminentes. Siguiendo entonces con una lógica de exclusión, el decomiso no contendrá una naturaleza penal cuando provenga de los bienes que son el producto o provecho del delito y los que resulten un peligro para sociedad —en este último caso, ya no se estaría siquiera en presencia de un decomiso—.

A diferencia de los casos anteriores, el decomiso de los instrumentos del delito no presenta ninguna de estas finalidades que puedan llegar a excluir su caracterización como

¹³⁵ Por ejemplo, en casos en los que se intenten decomisar bienes que infringen normas de abastecimiento o no cumplen con alguna medida de fiscalización, pero que no resultan ser bienes prohibidos o peligrosos por la sociedad.

¹³⁶ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, p. 383.

¹³⁷ Tal como se explicó en el capítulo III.A. Delimitación del decomiso como pena, Zaffaroni Alagia y Slokar definen a la pena a través de una concepción negativa, la cual consiste en (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Sin embargo, en el punto III.C. Coacciones civiles se hizo mención a que esta propuesta encontraba un asunto no considerado por los autores con la aparición de la constitucionalización del derecho privado, a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015. Por lo que debía agregarse a esta concepción la prevención del daño como factor excluyente de la pena.

una pena. La medida consiste únicamente en privar un derecho o afligir a una persona.¹³⁸ Esta modalidad de decomiso se vincula con la culpabilidad del autor como consecuencia de la infracción de normas penales. Dicho de otro modo, y sin la necesidad de tomar una postura rígida sobre el concepto de pena y llegando a las mismas conclusiones, se puede sostener que el decomiso de los instrumentos del delito, impuesto en accesoriamente a una sentencia condenatoria en la que se hubiere tenido por acreditada la culpabilidad jurídico-penal de un sujeto, persigue la finalidad de ocasionar un mal o dolor al autor y, por lo tanto, posee naturaleza penal.

Por tal motivo, el decomiso de los instrumentos del delito tiene una naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que solo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado. Asimismo, también consistirá en una pena el decomiso de bienes de valor equivalente al instrumento —no hallado— que, si bien no se encuentra regulado en nuestra legislación, no se trataría más que de la aplicación de una pena de multa calculada en función del instrumento utilizado.¹³⁹

VI. Constitucionalidad del régimen general de decomiso

Al comenzar este trabajo, se señaló la problemática existente con relación a la figura del decomiso en Argentina, la cual ha sido tradicionalmente considerada como una medida de carácter penal. Sin embargo, si se retoma el interrogante formulado de manera inicial, se concluye que el decomiso no debe ser considerado necesariamente como de naturaleza penal, sino que también puede ser dispuesto por una finalidad preventiva de carácter civil para el caso de los bienes que son el producto o provecho del delito. En cambio, cuando la medida recaiga sobre los instrumentos del delito, sí se estará en presencia de un decomiso penal. Por otro lado, para el caso de los bienes prohibidos o peligrosos para la sociedad, la medida no consistirá ya en un decomiso, sino en una medida de seguridad de tipo administrativa.

A partir de esta respuesta, el presente análisis referirá a los principios constitucionales en materia penal que han entrado en tensión con el régimen general de

¹³⁸ “Para que estemos en presencia de una verdadera sanción, el carácter aflictivo de la medida debe configurarse como un castigo. Ello significa que el concreto mal que se impone al sujeto no trata de realizar de forma directa e inmediata el interés público presente en la acción que la ley prevé como supuesto de hecho de la infracción, sino que su fin es reprobado, reprochar o retribuir la realización de esa acción” (Castellví Monserrat, “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, p. 30).

¹³⁹ Roldán, “Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal”, p.70.

decomiso del Código Penal: el principio de culpabilidad, el principio de inocencia — contemplados en el art. 18 CN— y el principio de proporcionalidad.

A. Principio de culpabilidad

Una de las controversias que se ha generado a partir de las modificaciones introducidas en el art. 23 CPN se relaciona con la posible violación al principio de individualidad de las penas, según el cual nadie puede responder penalmente por delitos ajenos. Esto se deriva del principio de culpabilidad que presupone la garantía de que nadie puede ser considerado culpable ni penado si no estuvo personalmente a su alcance, con el empleo de una capacidad razonable, evitar el hecho ilícito.¹⁴⁰ En definitiva, la responsabilidad es personal: se responde por lo que uno mismo hace, no por lo que hace otro y, en consecuencia, la pena solo puede ser impuesta al autor o a los partícipes del hecho.

Ahora bien, el régimen general de decomiso establece, en su segundo párrafo, el supuesto de decomiso a terceros sobre las cosas peligrosas para la seguridad común: “[s]i las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse, aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados”.¹⁴¹

Por otra parte, el tercer y cuarto párrafo del art. 23 CPN conciben al decomiso del producto o provecho del mandante o la persona de existencia ideal que se benefició por el autor o partícipe; y de terceros que se beneficiaron a título gratuito:

cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos. Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.¹⁴²

¿Atentan estas disposiciones contra el principio de culpabilidad? La respuesta es negativa. Como se observa, ninguno de estos casos consiste en una medida de carácter penal vinculado a la noción de culpabilidad del autor. El primer caso implica una medida de seguridad sobre los bienes que son peligrosos para la seguridad común. Asimismo, cuando la norma alude al decomiso del producto o provecho se estará ya en presencia de

¹⁴⁰ Marcelo A. Sancinetti, *Casos de Derecho Penal*, t. I, 3^a ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2005), pp. 76-7.

¹⁴¹ Art. 23, CPN. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

¹⁴² Art. 23, CPN. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

un decomiso civil de carácter preventivo. En estos dos supuestos no se encuentra en juego la culpabilidad del autor y, por ende, se podrá pronunciar contra terceros sin que se vea afectado el principio de individualidad de las penas.

B. Principio de inocencia

El principio de inocencia postula que el acusado goza de un estado jurídico de inocencia que solo puede ser alterado por sentencia condenatoria firme y que le incumbe al Estado la carga de la prueba de la acusación, sin que el acusado tenga ningún deber de esclarecer el hecho o demostrarse inocente.¹⁴³

El séptimo párrafo del régimen general de decomiso ha generado controversias en torno al principio inocencia, específicamente cuando se refiere a la garantía de juicio previo, teniendo en cuenta que se contempla la posibilidad de decomisar sin que exista una condena penal en los supuestos que menciona la norma:

[e]n caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes .¹⁴⁴

Puede verse que la norma alude a los bienes de origen ilícito y a los que se encuentran involucrados por el hecho material, es decir, los instrumentos. Respecto del primero, no hay nada que oponer desde el punto de vista de la garantía constitucional del juicio previo y la presunción de inocencia, en tanto la aplicación de un decomiso sin condena no constituye una pena para los bienes que son el producto y el provecho. Por el contrario, la aplicación de un decomiso sin condena para el caso de los instrumentos consistirá en una pena anticipada sobre una persona que aún goza de un estado de inocencia.

Teniendo en cuenta que aquel procedimiento debe estar rodeado de todas las garantías que reglamentan su imposición, puede afirmarse que, en el caso que se intente decomisar los instrumentos del delito sin una condena firme, se estará afectando la garantía del juicio previo y la presunción de inocencia. Esto llevaría a considerar, con mayor profundidad, una posible declaración de inconstitucionalidad del instituto del decomiso sin condena sobre los instrumentos del delito.

¹⁴³ Sancinetti, *Casos de Derecho Penal*, p. 76.

¹⁴⁴ Art. 23, CPN. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

C. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad significa que toda reacción del derecho criminal debe guardar relación con la gravedad del hecho y los fines de la pena.¹⁴⁵ Este principio no tiene una regulación textual de la Constitución Nacional, aunque suele ser atribuido con base en el principio de igualdad (art. 16 CN) y en el mandato de regulación razonable (art. 28 CN).

La cuestión sobre la proporcionalidad de las multas y el decomiso de los bienes ha sido un gran tema de discusión en otros países, debido a su excesiva aplicación por parte de las autoridades.¹⁴⁶ A la luz de este principio, es posible limitar total o parcialmente la aplicación del decomiso de los instrumentos cuando resulte ser desmesurado y afecte el principio de proporcionalidad o de humanidad de la pena.¹⁴⁷ Si bien la razonabilidad debe constatarse en el caso particular, se pueden observar supuestos en los cuales la afectación del principio aparece de manera manifiesta. Por ejemplo, en un caso de decomiso de un inmueble adquirido lícitamente y valuado en US\$ 200.000, pero que posteriormente fue utilizado para vender estupefacientes o realizar una estafa por montos de US\$ 200.

Diferente es el caso del decomiso del producto y provecho del delito en el que su aplicación no guarda ningún tipo de relación con la gravedad del hecho, ya que se sustenta en la prevención del daño y no en la de un acto que se califica como ilícito. Al no tener asignada una finalidad punitiva, no resulta exigible sujetarlo al principio de proporcionalidad que rige en materia penal y, en consecuencia, no habría que preocuparse por fijar un límite máximo del monto a decomisar.

VII. Conclusiones

En el presente trabajo se ha pretendido dilucidar si el decomiso debe ser considerado necesariamente de naturaleza penal o si, en ciertos supuestos, se lo puede concebir como una medida de naturaleza civil o administrativa. A tal fin, se ha abordado la evolución del régimen general de decomiso en Argentina, como así también los diferentes tratamientos que han acontecido al recupero de activos en nuestro país y en la legislación comparada. Al respecto, y en relación con el objeto de investigación propuesto, se han determinado los siguientes puntos:

¹⁴⁵ Sancinetti, *Casos de Derecho Penal*, pp. 79-80.

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, nota Nro. 98, *Timbs v. Indiana* Certiorari to the Supreme Court of Indiana, U.S. (2019).

¹⁴⁷ Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción*, pp. 332-333.

I. La discusión sobre la naturaleza jurídica del decomiso en nuestro país se ha visto oscurecida principalmente por su ubicación normativa. Sin embargo, sostener que la medida consiste en una pena o una medida civil solo por estar regulada en una ley penal o civil llevaría la cuestión a un “fraude de etiquetas”. Tal así que, las diferentes modificaciones que sucedieron a la primera regulación del decomiso —decomiso sin condena y a terceros— y la posterior aparición de la acción civil de extinción de dominio denotan que no se encuentra clara la cuestión acerca de si el decomiso es una pena accesoria o, por el contrario, puede ser concebido como una medida de distinta naturaleza.

II. Puede sostenerse que el decomiso no consistirá en una pena cuando, a pesar de ser una coerción que imponga la privación de derechos o dolor, mantenga la finalidad de restituir, reparar o prevenir un daño o detener las lesiones en curso y neutralizar los peligros inminentes. A tal fin, se presenta la sanción administrativa de decomiso, la cual, según algunos autores, tendría como finalidad prevenir riesgos en la sociedad.

Por otra parte, surge el decomiso *in rem* como una medida que se dirige contra los bienes en cuestión y busca restituir al Estado los bienes delictivos. También, aparece en escena la extinción de dominio como una acción que tiene como finalidad extinguir el dominio de los bienes relacionados con actividades delictivas a favor del Estado. Por último, suelen asignarse al decomiso finalidades de reparar o prevenir daños pertenecientes a la esfera de la responsabilidad civil.

Asimismo, la prevención del daño aparece en nuestro ordenamiento jurídico como un instituto novedoso que intenta evitar un daño o frenar su agravamiento. En esta línea, es posible identificar al derecho colectivo de la competencia en el mercado como el objeto de daño resarcible que se pretende reparar o prevenir por medio del recupero de activos. De ello se sostiene que la presencia y el incremento de bienes de origen delictivo en el mercado lícito produce una afectación a la competencia en el mercado.

En definitiva, el surgimiento de estos diferentes tipos de mecanismos tendientes a conseguir el recupero de activos —decomiso administrativo, extinción de dominio, decomiso *in rem*, decomiso reparador, y decomiso preventivo— rompen con la tradicional idea que concebía al decomiso únicamente como una pena

III. Las controversias generadas en torno a la naturaleza jurídica del decomiso se presentan en el resto de los países, principalmente, por intentar adecuar las legislaciones a la tendencia seguida por los acuerdos internacionales que pusieron en evidencia la importancia del recupero de activos como herramienta de política criminal.

Para dar algunos ejemplos, Estados Unidos propone, por un lado, un decomiso civil *in rem* y, por el otro, un decomiso penal considerado *in personam*. Se considera que ambos procedimientos, cuando el decomiso penal deviene inviable, le dan al sistema una versatilidad que mejora la recuperación de activos y no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple.

En esta misma sintonía, el Reino Unido cuenta con un procedimiento *in rem* contra aquellos bienes sospechados de provenir de actividades ilícitas, que es sostenido con base en la jurisprudencia de los Tribunales Supremos del Reino Unido y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, países como Alemania y España contemplan al decomiso (o a la confiscación) como una consecuencia del delito. Sin embargo, se considera que, a diferencia de lo que sucede con los instrumentos del delito, en los que efectivamente la medida resulta ser una pena, en el caso de las ganancias, esta contiene una naturaleza *sui generis* entre el derecho civil y penal

IV. La naturaleza jurídica del decomiso no puede sostenerse con base en un criterio uniforme. En efecto, cuando aquel recaiga sobre el producto o provecho del delito, consistirá en una medida de naturaleza civil que tiene como finalidad prevenir una afectación a la competencia en el mercado. Por otra parte, cuando el objeto de la medida sea sobre bienes peligrosos o prohibidos para la sociedad, aquello no se tratará verdaderamente de un decomiso, sino que implicará una medida de seguridad de tipo administrativa. Por el contrario, el decomiso de los instrumentos del delito necesariamente conllevará a la imposición de una pena, ya que la medida consiste únicamente en privar un derecho o afligir a una persona.

V. A partir de las consideraciones expuestas sobre la naturaleza jurídica del decomiso, tal como se encuentra el régimen general de nuestro ordenamiento jurídico, no se presenta ninguna afectación al principio de culpabilidad cuando la norma alude a la posibilidad de decomisar a terceros en los supuestos de las cosas peligrosas para la seguridad común y el producto o provecho del delito. Asimismo, tampoco se ve afectada la presunción de inocencia cuando se refiere al decomiso sin condena sobre los bienes que son el producto o el provecho del delito. En cambio, se estará violando la garantía del juicio previo y la presunción de inocencia cuando la misma medida recaiga sobre los instrumentos del delito. Esto debido a que, en este supuesto, aquello sí supone la imposición de una pena.

En función de lo desarrollado, y en relación con el interrogante formulado inicialmente, se concluye que el decomiso no debe ser considerado necesariamente penal. De ello puede sostenerse que el decomiso de los bienes que son el producto o provecho del delito consiste en una medida de naturaleza civil que tiene como finalidad prevenir una afectación a la competencia en el mercado como consecuencia de la obtención de una situación patrimonial ilícita.

VIII. Bibliografía

- Aguado Correa, Teresa, “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 1695-0194 (mayo de 2013). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.
- Barbier, Nicolas F. *Visión integral sobre recupero de activos de origen ilícito*. Buenos Aires: Infojus, 2013.
- Bermejo, Mateo G. “El decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal Español. Análisis histórico y conceptual”. *Latin American Legal Studies* 4 (febrero de 2019).
- Bermejo, Mateo G. y Rachid, Cristian. “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”. En *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, coordinado por Lascano, Carlos J. y Montiel, Juan Pablo, 2012. Ebook. Disponible en: <https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/01/Ebook-Informe-CRIMINT-UNC-2012.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.
- Calvo Costa, Carlos A. “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”. *RCyS IV* (2015).
- Carrara, Agustín. *Guía teórica practica sobre recupero de activos y persecución penal estratégica*. Madrid: *EL PACcTO*, 2019. Disponible en: https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2019/07/Guia-teorico-practica-sobre-recupero_compressed.pdf. Última consulta: 01/03/2021.
- Castellví Monserrat, Carlos. “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”. *InDret* (enero de 2019).

- Colombo, Marcelo y Stabile Agustina. “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”. *La Ley D* (2005).
- Creus, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición (2003), 2.^a reimpresión. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2010.
- D’Alessio, Andrés J. y Divito, Mauro A. *Código Penal comentado y anotado parte general (arts. 1 a 78 bis)*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, 2018. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2018/03/Gui%CC%81a-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.
- Dromi, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1983.
- Fajre, Santiago. “Los presupuestos de la función preventiva”. *RCyS*, 2019-XII (2019).
- Financial Action Task Force. “Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism”. United States of America (junio de 2006). Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20US%20full.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.
- Grupo de Acción Financiera Internacional. *Las cuarenta recomendaciones*. Traducido por Gafisud. 2003. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_40_recomendaciones_de_gafi_sobre_blanqueo_de_capitales.pdf. Última consulta: 01/03/2021.
- Jorge, Guillermo. *Recuperación de activos de la corrupción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”. En *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, coordinado por Esperanza, Silvia L. y dirigido por Peyrano, Jorge, W. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.
- Leiva, Claudio F. “La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial”. *La Ley F* (2016).
- Linares, Juan F. *Derecho administrativo*, 2.^a reimpresión. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007.

- Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Lorenzetti, Ricardo L. *Justicia Colectiva*, 2.^a edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2017.
- Maggio, Facundo y López Testa, Benjamín. “Decomiso y extinción de dominio”. En *Comentarios al Proyecto de Código Penal*, editado por Francisco Crocioni. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.
- Mairal, Héctor A. “Una sentencia esclarecedora frente al mal uso del derecho comparado”. El *Derecho* 14.505 (2018).
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, 6.^a edición, 2.^a reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- Mochón Morcillo, Francisco y Beker, Victor A. *Economía. Principios y aplicaciones*, 4.^a edición. México: McGraw-Hill Interamericana, 2008.
- Molina Sandoval, Carlos A., “Daño resarcible”. *RCyS V* (2019).
- Moreno, Rodolfo. *El Código Penal y sus antecedentes*, t. II. Buenos Aires: Tommasi editor, 1922.
- Naciones Unidas, “Comentarios de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, S.98.XI.5, New York, 1999.
- Nieto, Alejandro. “Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador”. *QDLU* 14 (2007).
- Nino, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho I*, 2.^a edición (1980), 15.^a reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Núñez, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Córdoba: Ediciones Lerner, 1972.
- Núñez, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición, actualizado por Roberto E. Spinka. Buenos Aires: Lerner Editores, 2009.
- Prevot, Juan M. “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”. *La Ley B* (2009).
- Puricelli, José L. “La nueva ley contra el lavado de activos de origen ilícito”. *Doctrina Judicial* (noviembre de 2001).

- Roig Torres, Margarita. “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI (febrero de 2016).
- Roig Torres, Margarita. “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania. Interpretación jurisprudencial”. *Estudios Penales y Criminológicos XXXVIII* (noviembre de 2018).
- Roldán, Santiago. “Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal”. *En Letra. Derecho Penal* II/3 (2016).
- Sancinetti, Marcelo A. *Casos de Derecho Penal*, t. I, 3.^a edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- Sancinetti, Marcelo A. “Dictamen sobre proyectos de leyes así llamados de Arrepentido y de Extinción de Dominio”. *Pensamiento Penal* (agosto de 2016). Disponible en: <https://www.senado.gov.ar/upload/27270.pdf>. Última consulta: 01/03/2021.
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. I, actualizada por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1999.
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. II, actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2000.
- Stratenwerth, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, 4.^a edición. Traducido por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- Terragni, Marco A. “Extinción de dominio o decomiso sin condena penal”. *ADLA* (marzo de 2019).
- Vervaele, John A. E. “El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos”. *Actualidad Penal* 14 (1999): pp. 291-315.
- Zaffaroni Eugenio R., Alagia Alejandro y Slokar Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a edición. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Zaffaroni Eugenio R. *Lineamientos del derecho penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2020.