

LAS DIVERSAS FUNCIONES DEL DECOMISO

ENTRE LO CIVIL, LO ADMINISTRATIVO Y LO PENAL

Santiago ROLDÁN*

Fecha de recepción: 27 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 7 de octubre de 2016

Resumen

Siempre se ha discutido acerca del decomiso y lo que los juristas suelen llamar su “naturaleza jurídica”, sin embargo, la revalorización de esta herramienta y en particular la figura del “decomiso sin condena” han reanimado el debate. En el texto se tiene por equivocada la asunción de que el “decomiso” de cosas o bienes vinculados al delito responden a un único fin o función. Por el contrario una discusión fructífera en este campo requiere de distinguir cuando el decomiso se impone con fines civiles, administrativos o penales.

Palabras clave: Decomiso de bienes — Teorías de la pena — Sanciones penales

Title: The Different Functions of Forfeiture. Between Civil, Administrative and Criminal Law

Abstract

Jurists have analyzed the nature and justification of the forfeiture of assets. However, the reappraisal of this legal tool and specifically the creation of the so-called “forfeiture without conviction” has led to a new debate. In this paper, the author assumes that the forfeiture of assets does not have just one aim or function. On the contrary, it is necessary to distinguish the legal nature of the forfeiture in order to achieve a rational debate on this matter.

Keywords: Forfeiture of Assets — Theories of Punishment — Criminal Sanctions

* Abogado (UIBA). Quiero agradecerle a Mateo Bermejo los comentarios que hizo a una versión previa de este texto, como así también a los árbitros anónimos de la revista por sus observaciones. Contacto: santirola@hotmail.com.

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentos o finalidades del recupero de activos; III. Objeto del decomiso; IV. Un concepto neutro de decomiso; V. Opciones; VI. Distinciones; a) El decomiso como medida materialmente civil; b) El decomiso como medida administrativa; c) Decomiso como pena; d) Adenda: dos observaciones sobre el concepto negativo de pena de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR; VII. Consecuencias; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En los últimos años hemos asistido a una revalorización de la figura del decomiso. Se trata de un instrumento legal de vieja tradición. Tan sólo por hablar de nuestra historia legislativa, se puede decir que fue incluido en todos los proyectos de código penal desde el de Tejedor (1864) en adelante. Claro que con distintas características en cuanto a sujetos, objetos alcanzados, condiciones de imposición y destino de lo decomisado, pero de un modo u otro nuestro derecho siempre echó mano de esta herramienta. Sin embargo, fue a raíz de la ratificación de diversos tratados internacionales, enfocados principalmente en fenómenos delictivos de características transnacionales, que hoy día volvemos a prestar atención a la figura del decomiso y reparamos especialmente en ella como instrumento de política criminal.

Argentina se ha comprometido internacionalmente a llevar a cabo medidas tendientes a lograr la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988, ley 24.072, B.O. 14/4/1992), la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (Palermo, 2000, ley 25.632, B.O. 29/8/2002), la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, 2002, ley 26.023, B.O. 18/4/2005) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 2003, ley 26.097, B.O. 09/6/2006). En esos tratados ha quedado clara la intención de utilizar el decomiso o recupero de activos como herramienta contra el crimen organizado, la corrupción, la trata de personas. Y como derivación de tales compromisos internacionales, se han introducido en la legislación interna ciertas modificaciones respecto de la figura del decomiso. Entre ellas, la más novedosa, sin dudas, fue la prevista en el artículo 305 del Código Penal, incorporado mediante la ley 26.683 (BO 21/6/2011). Allí se establece:

"[e]n operaciones de lavado de activos, [el o los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados] serán decomisados de modo definitivo,

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

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 pudiese 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”.¹

Resulta claro que tal regulación es una plasmación del llamado “decomiso sin condena”, como el sugerido por el artículo 54 (1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.² Una versión más terminante de esta herramienta es el instituto conocido como “extinción de dominio”, medida destinada a que el Estado pueda disponer de cosas o bienes provenientes o destinados a un delito pero a través de un procedimiento independiente al enjuiciamiento penal.³ Nuestra regulación, hoy día, se encuentra acotada a operaciones de lavado de activos, pero tal dispositivo podría legislarse con un alcance más general; por lo demás, existen varios proyectos de ley sobre “extinción de dominio”.⁴

¹ En paralelo se había incorporado al art. 23, CP, el siguiente párrafo: “[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 pudiese 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” (párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011). Sin embargo, el 213 ter y quáter fueron derogados poco tiempo después (conf. arts. 1.º y 2.º de la Ley N.º 26.734 B.O. 28/12/2011).

² Según esa disposición cada Estado parte “Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”. Un antecedente, en nuestra legislación, podría verse en la ley 23.737 en función de cómo se interpreten sus artículos 25, 30 y 39.

³ Según el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), en cuyo marco un grupo de expertos elaboró la “Ley Modelo sobre extinción de Dominio”, el concepto de “extinción de dominio ‘como una consecuencia patrimonial’ es *sui generis* y (...) el procedimiento es ‘autónomo’ e ‘independiente’ de cualquier otro juicio o proceso”. De acuerdo con el art. 2º de la ley modelo: “la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso”. Varios países de la región cuentan con leyes de extinción de dominio (Colombia, Guatemala, Honduras, México y Perú).

⁴ Proyectos S-198/14 (DAE 10/14), S-1171/14 (DAE 56/14), 7478-D-2013 (TP 67 del 10/06/13), 7478-D-2013 (TP 175 del 18/11/2013). Incluso el proyecto 1406-D-2016 (DAE 118) fue aprobado en junio de 2016 por la cámara de Diputados y pasó a revisión del Senado.

ROLDÁN, S. (2016) “Las diversas funciones del decomiso...”, pp. 49-83

Esta tendencia político criminal nos obliga a preguntarnos sobre su viabilidad constitucional, en particular, sobre la compatibilidad del “decomiso sin condena” con el art. 18, CN en cuanto dispone que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo”. La llave con la que se suele intentar resolver el dilema es la “búsqueda” de lo que los juristas llaman la “naturaleza jurídica” del decomiso. En lo que sigue intentaré demostrar que ese modo de encarar la cuestión está desenfocado. Preguntas tales como ¿es el decomiso una pena?, ¿se trata de una medida de seguridad?, ¿una acción civil o administrativa acaso?, parten de la idea, no discutida, de que siempre que se aplique un “decomiso” se estará utilizando una sola e única institución: o una pena, o una medida de seguridad, o una acción de tipo civil o administrativo. Se debate acerca de cuál de aquellas opciones “es” la correcta, pero no se pone en duda que debe ser una y sólo una de esas herramientas. Este trabajo pretende cuestionar esa premisa. Ello requiere aclarar de qué se está hablando cuando se habla de “decomiso”. Tal tarea será presentada recién a partir del punto IV del texto; antes expondré brevemente los fundamentos que se suele dar a favor de la utilización del decomiso (punto II) y aclararé sobre qué cosas y bienes puede recaer (punto III). Esto permitirá mostrar que, antes que intentar encontrar lo que el decomiso “es”, lo más conveniente es preguntarse por distintas funciones y condiciones de aplicación de un “decomiso”⁵ y los fundamentos que puede recibir en cada caso (puntos V y VI). Eso dejará el camino libre para encarar el análisis constitucional que el instituto de “decomiso sin condena” requiere (punto VII).

II. Fundamentos o finalidades del recupero de activos

Cualquiera que sea la función que se le atribuya al decomiso, suele afirmarse que la medida tiene un doble fundamento (al menos en tanto se refiere al decomiso de activos producto o generados a raíz de un delito).

El primero responde a la idea de que el delito comprobado no debe rendir beneficios, principio que nuestra Corte Suprema de Justicia ha invocado más de una vez a la hora de resolver sobre distintas cuestiones.⁶ El segundo atiende al efecto disuasivo que genera la recuperación de activos. Muchos de los delitos, y en especial la criminalidad económica, tienen por motivación el

⁵ Véase, HART, “Definición y Teoría en la ciencia jurídica”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (trad. Genaro R. CARRÍO), Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138. También, BIX, “Interrogantes en la interpretación jurídica” (trad. Hernán BOUVIER), en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 45-66.

⁶ FERNÁNDEZ, “Confiscación sobre producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos”, en *Revista Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, p. 240, menciona los siguientes CSJN Fallos 254:320, 283:66, 313:1305, 320:277, 320:1038, 320:1472, 320:1717, 321:2947, 323:929, entre otros.

ánimo de lucro, el hacerse de una ganancia (corrupción/defraudaciones/tráficos/explotación). Por lo tanto, el objetivo de recuperar el producto de los delitos o sus ganancias, es decir, el beneficio económico del delito, es neutralizar el principal incentivo para cometer ese tipo de hechos.⁷

Ese efecto práctico no sería suficiente con sólo decomisar lo “ganado” con el hecho. Por el contrario, para desincentivar ese tipo de delitos hace falta más reacción que el mero “volver las cosas a su estado anterior o equivalente”. Si así no fuera el autor podría pensar que vale la pena correr el riesgo porque, en definitiva, no tendría nada que perder (esto sin mencionar que existe la posibilidad de que, incluso, no fuera descubierto siquiera: en tal caso el éxito sería rotundo). Pues si las cosas no salieran como se planearon, en el peor de los casos el autor devolvería lo obtenido a través del hecho y el balance quedaría en cero: cometer el delito sería “una buena inversión por el bajo riesgo que implica”.⁸ Precisamente por eso, el decomiso es utilizado como medida accesoria a la pena privativa de la libertad, a la multa y a la inhabilitación.

III. Objeto del decomiso

Puede decirse que serán objeto de esta medida distintas clases de cosas o bienes. Para evitar *pseudo-discusiones* conviene hacer las siguientes estipulaciones, pero no sin antes aclarar que excede al objetivo de este trabajo determinar cuáles de las siguientes categorías se encuentran incluidas en el régimen legal del decomiso actualmente vigente en la Argentina.⁹ Lo importante, a los fines de

⁷ Véase VILLAR, “De por qué es inconstitucional la extinción por pago y ningún juez puede declararla”, en *Revista de Derecho Penal: Derecho Penal Económico*, n.º 1, 2007, pp. 86-97. También BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, pp. 217-220.

⁸ BOWLES/FAURE/GAROUPA, “Economic analysis of the removal of illegal gains”, en *International Review of Law and Economics*, vol. 20, 2000, pp. 537-549, quienes llaman a esto una “atractiva lotería” (pag. 539); ÍDEM, “Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 2, 2005, p. 285.

⁹ La regulación general del decomiso en nuestra legislación la encontramos en el artículo 23 del Código Penal: “en todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito” (véase también arts. 29 y 30 del CP). Por otro lado, el artículo 305 CP habla del decomiso de “los bienes que sean instrumentos, productos, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes”. En leyes especiales también se prevén disposiciones de decomiso. Por ejemplo, el Código Aduanero en su art. 876 dispone que “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”. También la ley 23.737 dispone, en el art. 30, que “[e]l juez dispondrá la destrucción, por la autoridad sanitaria nacional, de los

este texto, es que podrían estar incluidas como objeto de decomiso y de hecho lo están en legislaciones de distintos lugares del mundo.¹⁰

Podrían ser objeto de decomiso:

- Los *instrumentos* utilizados para cometer el delito.
- El *producto* del delito, a saber, las cosas o bienes que son *directo* resultado del hecho. Ello incluye los obtenidos *a través* de él: la cosa hurtada o el dinero que recibe el funcionario en un cohecho; los obtenidos *por* la comisión de un delito: el pago que recibe un sicario; y los *generados* por el delito: el documento falso, la sustancia estupefaciente producida.
- Las cosas o bienes *sustitutos* o *subrogantes* del producto del delito: aquellos que el sujeto empieza a tener o usufructuar en lugar del producto del delito (con el dinero producto de un robo se compra un auto o al revés, se vende el auto robado y se obtiene dinero). O dicho de manera figurada: se trata de cosas o bienes que “entran en el patrimonio” en reemplazo de los bienes originarios del delito.

estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable o salvo que puedan ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia del uso a atribuirles... Además se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito... Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito”. Asimismo, en el Régimen Penal Cambiario se ha reconocido aplicable el decomiso (art. 15 ley 19.359; CSJN Fallos 299:167, 301:135 y G.268.XXXII, rta. el 18/4/1997). Véase también, en el ámbito nacional, art. 34 de la Ley 22.362 (Marcas y designaciones), art. 72 bis inc. “e” de la ley 11.723 (Régimen legal de la propiedad intelectual), arts. 36, inc. 6°, y 42 de la ley 20.429 (Ley Nacional de Armas y Explosivos), art. 9 de la ley 18.284 (Código Alimentario Argentino), art. 20 de la ley 16.463 (Medicamentos), art. 26 de la ley 14.878 (Ley General de Vinos), art. 28 de la ley 22.421 (Conservación de la Fauna), art. 47 de la ley 24.240 (Defensa del Consumidor), art. 28 de la ley 22.285 (Radiodifusión), arts. 16, 39, 41, 42 y 43 de la ley 25.743 (Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico) y art. 32 de la ley 26.687 (Tabaco). También el art. 525, CPPN: “[c]uando después de un año de concluido el proceso nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución de cosas, que no se secuestraron del poder de determinada persona, se dispondrá su decomiso”.

¹⁰ Véase el relevamiento hecho por BERMEO/RACHID, “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”, en LASCANO/MONTIEL (coords.), *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, e-book, 2012, pp. 13-18, disponible en: <http://crimint.com.ar/2013/07/06/informe-crimint-unc-2012-reforma-del-codigo-penal-argentino/> [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016]. Véase también FREEDMAN, “Regulación del decomiso en el derecho comparado”, disponible en: <http://eventos.senado.gov.ar:88/18834.pdf> [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016] y COLOMBO/STABILE, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-D, pp. 1400 ss. Asimismo, la reforma introducida al artículo 127 y 374 del Código Penal Español por la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

- El *provecho* o *ganancia* del delito, es decir, 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).¹¹

- El *valor equivalente* a los *instrumentos*, al *producto* o el *provecho/ganancia* del delito: se trata de la privación de bienes que han sido legalmente obtenidos y sin conexión con el delito por el que se decomisa, equivalentes al monto en dinero correspondiente al instrumento, producto o provecho/ganancia.¹²

Nunca fue pacífica la cuestión de qué está haciendo el Estado cuando dispone el decomiso de los *instrumentos*, del *producto*, de los *sustitutos/subrogantes*, del *provecho/ganancias* de delito o su *valor equivalente*. Mientras que para algunos se trata de una pena accesoria (jurisprudencia), otros la identifican como una cuestión civil o incluso con una clase de acción de tipo administrativo-policial. Probablemente por eso la jurisprudencia, no sin un deje de resignación, se limita a identificarla como una “consecuencia accesoria de la condena”.¹³ En opinión de BERMEJO/RACHID:

“es criterio mayoritario actualmente... que el decomiso, como consecuencia de una conducta delictiva estrictamente no constituye una pena (pues no se trata de una sanción personal fundada en la culpabilidad del autor), ni una medida de seguridad (pues tampoco se funda en la peligrosidad del sujeto), así como tampoco una hipótesis de responsabilidad civil derivada del delito (pues no necesariamente implica la restitución o resarcimiento de un daño concreto a persona determinada,

¹¹ Con todo, resta determinar si las ganancias a decomisar son todas las contraprestaciones económicas obtenidas directamente por la ejecución del hecho o sólo aquellas que constituyen el beneficio neto obtenido por el delito, luego de haberse deducido los costes generados por su comisión. Esta distinción genera dos propuestas, la basada en el “principio de beneficios brutos” y “el principio de beneficios netos”, respectivamente: “[s]egún el principio de beneficios brutos se deben decomisar todas las contraprestaciones económicas, mientras que conforme el principio de beneficios netos se deben deducir los costos y sólo embargar el capital restante. El principio de beneficios brutos no refiere solamente a los gastos en sentido estricto (verbigracia, costes de viaje) sino también a todo aquello que se haya entregado para lograr el beneficio económico (por ejemplo, el precio de compra)” (BERMEJO, *supra* nota 7, pp. 225-226, quien se inclina a favor del principio de beneficios brutos).

¹² “La necesidad político-criminal de regular el decomiso de valor equivalente proviene de que el decomiso de bienes (originarios o sustitutos) presenta dos problemas desde el punto de vista de su eficacia preventiva: por un lado, si el infractor ha gastado los bienes estos ya no pueden ser decomisados y, por otro, si los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe, tampoco. Esto impone una limitación fáctica, por un lado, y jurídica, por el otro, a la eficacia del decomiso como instrumento de prevención” (BERMEJO, *supra* nota 7, p. 223).

¹³ Véase, por todos, FERNÁNDEZ, *supra* nota 6 y sus referencias.

sin perjuicio de que en ocasiones el decomiso pueda aparejar efectos reparadores, como en el... caso de activos públicos obtenidos con el delito; o cuando se destina el producto del decomiso a programas de asistencia material o reparación de víctimas del delito”.¹⁴

Por cierto que ésta no es una discusión meramente especulativa, dado que la respuesta que se dé al problema influirá en cuestiones tales como la necesidad o no de una previa condena firme para ejecutar un decomiso o la determinación de quiénes pueden sufrir sus consecuencias. Se trata de un campo, por lo tanto, donde resulta muy tentador hablar de supuestas “naturalezas jurídicas”, si no fuera porque la apelación a tales entidades o “esencias” de las instituciones jurídicas, no son otra cosa más que artilugios a través de los cuales los juristas suelen atribuir al sistema jurídico soluciones que éste no contiene.¹⁵

Sea como fuere, si algo pone en evidencia la existencia de diferentes posturas sobre la cuestión, es precisamente que existen distintas facetas y funciones del decomiso. El conflicto se debe a que ninguna de las posiciones en pugna acepta que se impongan decomisos con distintos fines según cual sea el objeto sobre el que recaiga ¿Cómo es que se llegó a esta situación?

IV. Un concepto neutro de decomiso

La respuesta a esa pregunta y la forma de evitar caer en el mismo error, estimo, pasa por advertir que las discusiones que giran en torno de la figura del decomiso, la legitimidad de su uso y condiciones de aplicación, están contaminadas, no en poca medida, por “barreras definicionales”.

¹⁴ BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, pp. 11-12. Continúa la cita: “[s]e trata más bien de una tercera vía de intervención penal —de naturaleza diversa a las penas y medidas de seguridad— que se activa como consecuencia de una conducta delictiva o —procurando mayor precisión a través de categorías dogmáticas— como consecuencia de un injusto (hecho típico y antijurídico) y que no necesariamente presupone la imposición de pena a alguna persona o la efectivización de la responsabilidad penal por el hecho. Por ello, el decomiso no constituye una pena, ni siquiera adicional o accesorio, sino una consecuencia del delito que puede ir asociada o no, a la pena (nótese, en tal sentido, que el decomiso no se encuentra enumerado entre las penas previstas por el art. 5, CP argentino)”.

¹⁵ Como decía Genaro CARRIÓ: “[l]as afanosas pesquisas de los juristas por ‘descubrir’ la naturaleza jurídica de tal o cual o institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe” (CARRIÓ, “Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho”, en *Notas sobre el derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 101; véase también pp. 119-122). Véase también BULYGIN, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, y NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998 [1980], pp. 333 ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

Se establece una “barrera definicional” cuando en la definición de un concepto se postulan características definitorias que presuponen o dan por saldadas cuestiones normativas que son precisamente las que deben discutirse. Por ejemplo, si se define “decomiso” como “medida dispuesta por el Estado al condenado en juicio”, entonces, por definición —valga la redundancia— no podría disponerse un decomiso previo a una condena penal. Lo mismo sucede si se entiende al “decomiso” como aquella “pena impuesta por el Estado”, pues si las penas sólo pueden imponerse luego de una condena, entonces un decomiso aplicado antes de ese punto no resulta válido.

Una “barrera definicional”, por lo tanto, funciona como una especie de “petición de principio” pues, inadvertidamente, se estarán postulando condiciones de utilización de un término que son las que, en rigor, se encuentran en discusión. Este “truco”, por lo tanto, tendría el efecto de que alguna justificación posible de “decomiso” estuviese lógicamente implicada o lógicamente excluida por la caracterización del concepto.¹⁶

Para evitar esa situación, cuando hablemos de “decomiso” lo más conveniente será adoptar una definición que no dé por presupuesto qué funciones tiene o qué condiciones exige la utilización de dicha medida. De no hacerlo así, estaríamos levantando, lo queramos o no, una “barrera definicional” que no nos dejaría ver que el decomiso tiene distintas funciones o fines dependiendo cual sea el objeto sobre el que recae y las circunstancias en las que se dispone.¹⁷ Por tal motivo, la mejor opción para lograr un debate fructífero reside en estipular una definición que no prejuzgue sobre esos aspectos.

¹⁶ Véase HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press 2008, p. 5. Sobre la falacia de petición de principio y razonamientos circulares, véase COMESAÑA, *Lógica Informal. Falacias y Argumentos Filosóficos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 73-77: “el hecho de que un razonamiento sea circular no tiene nada de malo en sí mismo. Nuestra intuición de que hay algo que anda mal con algunos razonamientos circulares... puede acomodarse de otra manera. Lo que puede estar mal con algunos de esos razonamientos es que se toman como premisas afirmaciones que no aceptaría la audiencia a la que están dirigidos” (p. 75).

¹⁷ Véase, respecto a las “barreras definicionales” y el concepto de “pena”, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito* (trad. Guillermo RAFAEL NAVARRO), Buenos Aires, Astrea 1980, pp. 198-199. También, PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *Indret*, 4/2014, pp. 3-4: “[l]o que no se puede hacer es blindar la introducción subrepticia de una cuestión normativa relevante mediante el recurso de bloquear la discusión sobre ella a través de una definición restrictiva” (el autor define a la pena como una respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal —p. 3—).

ROLDÁN, S. (2016) “Las diversas funciones del decomiso...”, pp. 49-83

Con ese fin en miras, parece conveniente la definición contenida en algunos tratados internacionales pues, como se verá, cumplen con el requisito de no erigir “barreras definicionales” indeseadas. En ellos se define al decomiso como: “[l]a privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente” (art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, art. 1 de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios y art. 2.g. de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción).

Lo útil de esta definición (constituirá decomiso “la privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente”) es que no prejuzga sobre en qué supuesto y con qué fines “la privación con carácter definitivo de algún bien” puede ser dispuesto “por un tribunal u otra autoridad competente”. Y lo más importante, tampoco da por hecho que estemos frente a una “pena”. Nótese que si bien se trata de la privación del ejercicio de un derecho sobre un bien o incluso de la interrupción de una disposición que de hecho se tiene sobre aquél, muchas otras medidas tomadas por el Estado comparten estas características, usando medios coactivos si es necesario, y no por ello las identificamos como “penas” (no se trata, por lo tanto, de una condición suficiente del concepto pena). Como decía NINO:

“la pena es sólo una especie de la extensa familia de medidas que implican una privación de derechos normalmente reconocidos, usando medios coactivos si es necesario, ejercida por instituciones oficiales. Esta clase genérica incluye también las cuarentenas, el confinamiento de enfermos mentales peligrosos, las requisas de bienes en tiempo de guerra, la remoción o destrucción de objetos que obstruyen el tráfico o de edificios contruidos antirreglamentariamente, la deportación de extranjeros sin permiso para residir en el país, etcétera”.¹⁸

Por otro lado, esa noción de decomiso tampoco presupone si el procedimiento tendiente a su aplicación debe estar a cargo de un juez penal, civil o administrativo, ni el régimen procesal que debe utilizarse al efecto (lo que abarca estándares probatorios y cargas de prueba). Del mismo modo, tampoco prejuzga sobre el título que tenía la persona que detentaba la cosa o el bien antes

¹⁸ NINO, *supra* nota 17, p. 209 (en la página 202 también menciona a “la ejecución de bienes para compensar daños causados por actos ilícitos de derecho civil o incumplimientos contractuales”). Dicho ahora a través de una comparación: en tanto “privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente”, el decomiso no se diferencia de una expropiación (obviamente, lo que diferencia la expropiación del decomiso es que para el primero está previsto una indemnización como contrapartida de la privación del bien).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

de que el Estado disponga de él: se puede aplicar a objetos propiedad del condenado, como a cosas o bienes que tenía o poseía ilegítimamente. Por lo tanto, esta definición tampoco aclara si la “privación con carácter definitivo” de un bien implica la extinción de un derecho real, o la interrupción, en los hechos, de una posesión o una mera tenencia.¹⁹

Por todo esto preguntar si el decomiso es una pena, o una medida de seguridad, o una acción civil o administrativa, es poner el caballo delante del carro. Lo que se debe hacer es preguntarse en qué casos sería válida la decisión de un tribunal de privar con carácter definitivo de alguna cosa o bien vinculado con un delito (*instrumento, producto, sustituto/subrogante, provecho/ganancia* de aquél, o bien el *valor equivalente* de cada uno de aquellos) y eso predeterminará la respuesta de si es necesaria, p. ej., una condena penal previa firme o si la medida no debiera estar regida por algún criterio como el de proporcionalidad²⁰.

V. Opciones

El Estado podría disponer el decomiso de alguna cosa o bien por distintas razones. Y todo lo dicho en el punto anterior no implica descartar, por cierto, que lo haga a título de “pena”. Que en algún caso lo sea a tales fines, estará por verse.

¹⁹ Véase, del Código Civil de la República Argentina, art. 2351: “[h]abrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”, y Art. 2352: “[e]l que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa...” (véase también art. 2461). También, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1909: “[p]osesión. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”, y art. 1910: “[t]enencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otro, ejerce poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor”.

²⁰ De ese modo el concepto de “decomiso” pasa a funcionar como un “término intermedio” o prescindible, en el sentido de que podría afirmarse: “si se dan las condiciones A, B y C es obligatorio decomisar. Decomisar es privar de manera definitiva un bien” o, directamente, “si se dan las condiciones A, B y C es obligatorio privar de manera definitiva”, sin que las oraciones tengan un significado diferente en función de que se utilice o no la palabra “decomiso” entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas. Sobre la función de términos como estos, dice BULYGIN: “[n]os queda todavía la tarea de esclarecer el papel que desempeñan estos términos típicamente jurídicos como ‘obligación’, ‘derecho’, ‘propiedad’, ‘mayoría de edad’, ‘nacionalidad’, etc., en el lenguaje jurídico. La afirmación de que su empleo no es necesario, no implica que sea supérfluo o inútil. Una vez que se ha logrado esclarecer su naturaleza y eliminar las representaciones míticas que tradicionalmente acompañan estos términos, su empleo resulta de gran utilidad práctica, pues permite simplificar notablemente la formulación de las normas. La utilidad del término intermedio como instrumento técnico se hace más patente cuando hay pluralidad de hechos condicionantes o consecuencias jurídicas” (*supra* nota 15, pp. 25-26).

Un primer camino, poco prometedor, para intentar rechazar la posibilidad de que se aplique un decomiso a título de pena, consistiría en afirmar que el decomiso no se encuentra mencionado en el artículo 5 del Código Penal. Dado que allí se dice que “[l]as penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”, se concluiría —argumento a contrario mediante— que para nuestro CP el decomiso no es una pena. Sin embargo, ello no puede ser un argumento determinante. Ya incluso en el nivel legal podría señalarse que el art. 30, CP, en la versión introducida por la ley 25.188 (BO 1/11/1999), alude a la “pena de decomiso”.²¹ Pero dejando de lado esa cuestión, lo relevante es el contenido de lo regulado jurídicamente por quien tenga competencia legislativa más que el nombre con el que titule su obra; en otras palabras, lo importante es determinar qué se ha regulado respecto de cuestiones tales como cuándo se puede imponer un decomiso, frente a qué supuestos y quiénes pueden sufrir sus consecuencias. Como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo”, carece de trascendencia el *nomen iuris* utilizado por el Poder Legislativo para disponer la limitación al ejercicio de derechos. Si así fuere le resultaría muy fácil a las autoridades burlar los límites y garantías con los que la Constitución rodea al derecho penal.²² Por cierto, tampoco puede ser determinante el procedimiento establecido para imponer un decomiso ni cuáles son los tribunales competentes para su imposición. Dicho en una palabra: una sanción de prisión de cinco años no dejaría de ser una pena por el hecho de que la imponga un juez civil en un proceso regido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por lo tanto, para poder definir si un caso concreto un decomiso importa la imposición de una pena o no, lo que necesitamos previamente es contar con una definición de tal concepto: sólo así podremos establecer si “la privación con carácter definitivo de algún bien (*instrumento, producto,*

²¹ Art. 30 CP: “[l]a 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” (según art. 28 de la Ley N.º 25.188, B.O. 1/11/1999 —la bastardilla es agregada—).

²² CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ Robo en grado de tentativa”, 5 de septiembre de 2006 (Fallos 329:3680); también, CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros s/ BCRA Resol 169/05”, 26 de junio de 2012 (Fallos 335:1126), con cita de CIDH “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, 2 de febrero de 2001, párrafo 129. Asimismo, TEDH, “Engel y otros c. Países Bajos”, 8 de junio de 1976, serie A, §82. Véase también ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, para quienes optar por una definición formal de pena (sólo es aquello que el poder legislativo define por tal) “llevaría a una inusitada tautología del poder: pena sería lo que las agencias políticas consideran tal” (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, § 5.1.5, p. 43).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

sustituto/subrogante, provecho/ganancia de un delito o su valor equivalente) por orden de un tribunal u otra autoridad competente”, es o no es una pena.

Como es sabido, las discusiones sobre el concepto de pena abarcan muchos temas de diversa complejidad;²³ sin embargo, al menos como primera aproximación para el tema que nos ocupa, resulta útil emplear la definición de ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA (más allá de las observaciones que se le harán luego).²⁴ Estos autores brindan una *definición negativa* según cual será una pena el ejercicio de coerción estatal que importe la *privación de un derecho o la imposición de un dolor* que a) no repara ni restituye y b) no detiene lesiones en curso, ni neutraliza un peligro inminente.²⁵ La consideran una definición *negativa* por dos razones: (a) porque no presupone una función positiva de la pena y (b) porque se obtiene por exclusión: cuando la privación de un derecho o la imposición de un dolor repare un daño o restituya el ejercicio de un derecho, se tratará de una función del derecho civil; cuando se lo haga para detener un curso lesivo en marcha o neutralice un peligro inminente, se tratará de una coacción administrativa directa o policial.²⁶

²³ Véase, por todos, BETEGON, *La Justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, capítulo III, con referencias.

²⁴ Otra aproximación, también guiada por la definición que dan estos autores, puede verse en FREEDMAN, *supra* nota 10, pp. 4-14.

²⁵ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22: “pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa” (§ 5.I.6, p. 43).

²⁶ Sobre la coacción administrativa directa, véase ZAFFARONI, “¿Vale la pena?”, en Nino/Zaffaroni: *Un debate sobre la pena*, Buenos Aires, Fichas del INECIP, 1999 [1991], pp. 28-29. Asimismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, “[t]oda administración demanda un poder coactivo que le permita ejecutar sus decisiones. Este poder se ejerce de diferentes maneras. Las más comunes son (a) la ejecución subsidiaria del acto omitido por el particular (se efectiviza sobre su patrimonio), (b) las multas coercitivas y (c) la coacción directa. Esta última es la de más compleja delimitación respecto de la pena. La coacción directa importa una intervención en la persona o sus bienes, que puede tener efectos irreversibles. 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, que en caso de serlo sea también delictiva, etc., sino que su presupuesto es la mera existencia del peligro” (§ 5.II.4, p. 44). “La coacción directa, como injerencia en la persona o bienes de un habitante para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso, es un ejercicio de poder que tiene una explicación racional y que, por lo tanto, está legitimado dentro de esos límites... la coacción directa puede ser instantánea o inmediata o de ejecución diferida o prolongada. La de ejecución instantánea o inmediata no es otra cosa que el estado de necesidad o la legítima defensa convertidos en deber jurídico para el funcionario público. La autoridad administrativa competente tiene el deber de intervenir y su acción está legitimada dentro de los límites señalados. Pero a partir del momento en que cesa el peligro la coacción pasa a ser punitiva, salvo que la misma deba continuar para impedir la inmediata reanudación de la situación peligrosa” (§ 5.II.6, p. 46).

Conviene dejar sentado que la pregunta por el *concepto de pena*²⁷ no es la misma que la referida a cuándo (si es que en algún caso puede serlo) la institución “pena” o su aplicación en concreto, es legítima o está justificada.²⁸ A estos últimos interrogantes se refieren las llamadas “teorías de la pena” o “justificaciones morales del castigo”, y la “teorías del delito” o “teorías de la imputación penal”, respectivamente. La *definición negativa* de pena no predeterminada ninguna respuesta en esos ámbitos, sino que tan sólo demarca un terreno de actuación estatal que requiere ser especialmente justificado.²⁹

Por lo demás, proceder de la manera opuesta, es decir, suponer que es la teoría de justificación del castigo la que construye una definición de pena, tampoco serviría de mucho, sino más bien lo contrario. Ello supondría, dicho ahora a través de ejemplos, que si disuadir la comisión de delitos es un fin que legitima el uso de la coerción estatal (al modo, por ejemplo, de una teoría de la prevención general negativa), entonces toda aquella medida que importe la privación de un derecho que logre ese efecto será considerara una pena; o si se acepta que está justificado moralmente que el Estado retribuya la comisión de un delito, que iguale al autor con su víctima o anule la ventaja injusta que implica su comisión,³⁰ considerar que toda medida coercitiva, cualquiera que ella fuera, que tienda, logre o constituya tales objetivos, será una pena. Sin embargo, tal forma de razonar sería contraproducente, en primer lugar, porque una definición de pena construida de tal modo estaría plagada de “barreras definicionales”, con todo lo que ello implica (punto IV). En segundo lugar, porque trasladaría la discusión sobre la justificación del castigo hasta ámbitos donde nunca se consideró que era necesario hacerlo, y sin que represente

²⁷ Como se habrá notado, la utilidad de esta definición de pena depende de que esos distintos fines del actuar del Estado (civil/administrativo) pueden ser, a su vez, legitimados. De ese modo, cuando en ejercicio de la coerción estatal se restrinja un derecho o se imponga dolor sin que tal proceder esté cubierto por una justificación de tipo civil o administrativa (y a la que agregaría una función tributaria —véase nota 49—), se tratará de la utilización de una pena. Los fundamentos que legitiman el ejercicio de coerción con fines civiles, administrativos y tributarios, por su parte, no serán objeto de discusión aquí y se tomarán por válidos. Ello no implica desconocer lo mucho que se puede discutir al respecto a nivel moral, de filosofía política, constitucional y legal.

²⁸ Véase BEDAU/KELLY, “Punishment”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/> [enlace verificado el día 16 de octubre de 2016].

²⁹ En particular, la definición negativa de pena utilizada por ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR no nos obliga a adoptar su “teoría agnóstica de la pena”, según la cual el poder punitivo estatal no está o no puede ser legitimado y al derecho penal (entendido como saber de los juristas) le queda tan sólo el rol de limitarlo, a modo de dique o barreda de contención. De nuevo: la definición negativa de pena nos permite delimitar la actividad coactiva del Estado que no está justificada por discursos de derecho civil, de derecho tributario o derecho administrativo, en un sentido material.

³⁰ Véase MALAMUD GOTI, “Emma Zunz. Sentimientos y castigo”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2002/A, pp. 107-121, y sus referencias. También, BEADE, “La (relativa) importancia del merecimiento”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, vol. 1, 2015, p. 115, nota 13.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

algún beneficio para debate. Nótese que seguir ese camino generaría la paradójica consecuencia de que, por ejemplo, una condena a indemnizar un daño por responsabilidad extracontractual debería ser considerada una pena, ya sea porque en sí misma tal tipo de responsabilidad genera efectos disuasivos (y no hay duda que los genera, que sean suficientes es otro cantar), ya sea porque iguala a la víctima o deshace, de algún modo, una ventaja injusta que obtuvo el autor por el solo hecho de cometer un delito. Por supuesto que sería posible llamar a esa indemnización una “pena”, pero ¿qué ventaja tendría hacerlo? Más importante que el título que se le ponga a una medida estatal son las condiciones de su utilización legítima (¿sería necesario el mismo estándar probatorio, se distribuiría del mismo modo la carga de la prueba, regirían los mismos principios de atribución de responsabilidad, etc., para aplicar la “pena” de indemnización patrimonial que para imponer una “pena” de diez años de prisión?). Precisamente, si por algo se han caracterizado las discusiones sobre la fundamentación del castigo es porque giran sobre medidas que de ningún modo serían identificadas como una indemnización patrimonial o como la anulación de los beneficios económicos obtenidos por la comisión de un delito,³¹ sino, por el contrario, con el mandar a alguien a la cárcel, por ejemplo.

De ese modo puede apreciarse que la ventaja de una definición negativa de pena como la analizada es que permite delimitar la gama de medidas coercitivas institucionales que merecen una justificación particular, en tanto no puede ser brindada por los argumentos que justifican las reglas

³¹ Esto tampoco sería así siquiera para Michel DAVIS, que es el autor que uno de los árbitros anónimos de este artículo invocó como un ejemplo de una postura retribucionista que construiría “cierto concepto de castigo”. Véase DAVIS, “Desert and Unfair Advantage: What’s the Connection?”, en *Law and Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 1993, p. 150. Más referencias a obras de DAVIS en DOLINKO, “Mismeasuring ‘Unfair Advantage’: a Response to Michael Davis”, en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, p. 497, nota 14. En el mismo sentido, Anthony R. DUFF, cuando describe la postura de Michael DAVIS en *Harm and Retribution*: “[t]he unfair advantage which punishment removes consists, we should note, not in any contingent benefits which the criminal might gain from her crime, but solely in the freedom from self-restraint which is intrinsic to her action as a breach of the law; and that advantage is one which she takes not primarily over the direct victim (if there is one) of her crime, but over all those who restrain themselves from breaking the law. It is from their restraint that she benefits, and to them that she owes the self-restraint which she is now refusing to exercise. We might also seek to confiscate whatever material profit she gained from her crime, and require her to compensate her victim, but such measures are distinct from punishment, which focuses solely on the unfair advantage over the law-abiding which is intrinsic to the criminal’s offence” (DUFF, “Auctions, Lotteries and the Punishment of Attempts”, en *Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 1990, p. 4) [Traducción del autor: “la ventaja injusta que el castigo quita consiste, debemos notar, no en algún contingente beneficio que el criminal pueda obtener de su crimen, sino simplemente en la liberación del autocontrol que implica el quebrar la ley; y tal ventaja es una que el autor no toma preliminarmente de la víctima directa de su hecho (si es que la hay), sino sobre todos aquellos que se contienen de quebrantar la ley. Es del autocontrol del resto que el autor se beneficia, y es a ellos a quien les debe autocontrol, cosa que se niega a hacer. Podríamos también confiscar cualquier beneficio material que haya obtenido de su crimen, y requerirle que compense a su víctima, pero esas medidas son distintas a la pena, que está enfocada exclusivamente en la ventaja injusta sobre quienes respetan la ley que es intrínseca a la ofensa de quien comete un crimen”].

que generalmente llamamos de derecho civil o la actuación del Estado calificable como coacción administrativa directa.

Al margen de ello, debe remarcarse que la *definición negativa* permite delimitar lo que cae fuera de ella, pero no niega que dentro de su campo de actuación puedan hacerse otras subdivisiones que acarrearán, por su parte, diferentes consecuencias teóricas (por ejemplo, la más o menos estricta reglamentación de las garantías procesales que deben rodear la aplicación de una pena). Así, por ejemplo, entre las medidas estatales abarcadas por la *definición negativa de pena* podrían establecerse distinciones entre sanciones disciplinarias, sanciones contravencionales, sanciones administrativas y sanciones de tipo estrictamente penal. El criterio más evidente para intentar subdivisiones (problemas de penumbra al margen) quizá sea la diferente gravedad que puede adoptar cada clase de sanción: multa, inhabilitación o prisión, como así también la cantidad que se imponga (p. ej., privación de la libertad de un día hasta muchos años, multa de 10 pesos a millones, inhabilitación de una semana a perpetua). Asimismo, también podría jugar un papel importante el contenido comunicativo acoplado a la imposición de una o algunas sanciones; en otras palabras, la cuestión de si la aplicación de una sanción propiamente penal debe incluir o consiste en la expresión terminante de una censura o reproche por lo hecho.³² Paralelamente, otro factor que acaso deba considerarse y con posible incidencia transversal en esta cuestión, es el relativo al bien jurídico protegido o el contenido de la norma cuya vigencia se pretende conservar a través de la previsión y aplicación de una sanción subsumible dentro del concepto negativo de pena. Esto nos remite, a su vez, al conocido debate sobre la diferencia entre las contravenciones y delitos (cualitativa vs. cuantitativa) y las repercusiones que tiene en el esquema federal de la República Argentina (mientras el Congreso Nacional tiene competencia para dictar normas penales —art. 75, inc. 12, CN—, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la tienen respecto de las contravenciones —arts. 75, inc. 30, y 129, CN—). Sin embargo, cualesquiera que sean las opiniones sobre esas diversas materias y, en particular, sobre si resulta viable hacer subdivisiones dentro de todo el universo de medidas estatales abarcadas bajo el concepto negativo de pena, las conclusiones del presente trabajo no se verán modificadas. De nuevo: lo provechoso de una *definición negativa del concepto de pena* es que delimita el campo en el que la actuación de la autoridad pública requiere de una justificación especial, distinta a la que fundamentaría su intervención en los otros ámbitos (reparación/restitución/finés tributarios/coacción directa).

³² Véase, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 17; también, BERMEJO, “Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena”, en ALEGRE/GARGARELLA/ROSENKRANTZ (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 183-199.

Volvamos ahora al tema que nos ocupa. Pertrechados de este aparato conceptual (definición estipulativa de “decomiso”, “pena”, “instrumento”, “sustituto/subrogante”, “provecho/ganancia” de un delito y “valor equivalente”) estamos en condiciones de retomar el camino hacia el tema que nos interesa: con qué fines y bajo qué presupuestos puede la autoridad competente, de manera válida, privar definitivamente de un bien o, lo que es lo mismo, disponer un decomiso. Como veremos, sólo en algunos supuestos constituirá una pena; en otros se tratará de medidas de tipo civil o administrativas.

VI. Distinciones

a) El decomiso como medida materialmente civil

a.1) El decomiso (privación de un bien) constituirá *materialmente una acción civil* cuando tenga por fin restituir una cosa o bien a la víctima o un tercero, o indemnizar a la víctima por un daño sufrido (perjuicio presente o futuro/lucro cesante/pérdida de la chance). Por lo tanto, lo será cuando recaiga sobre el *producto* del delito y este producto haya constituido el objeto del daño a alguien (por ejemplo, cuando se decomisa para devolver los bienes de un robo o se restituye un inmueble usurpado). También será una acción *materialmente civil* cuando se dirija no ya contra el concreto bien que fue producto del delito y sustraído a la víctima, sino cuando tenga por objeto un bien *sustituto* o *subrogante* que será destinado a aplicárselo (directamente o previa ejecución y remate) al resarcimiento de la víctima o terceros; lo mismo sucede cuando la medida recaiga, con tal fin, sobre el *valor equivalente* de aquellos elementos (en rigor, el pago de una sentencia civil por una demanda de daños y perjuicio generados por un delito o bien los remates dispuestos para su ejecución constituyen “decomisos” en tanto se trata de la “privación de bienes con carácter definitivo por disposición de un tribunal”).

a.2) Pero no todos los delitos implican una afectación al patrimonio de alguna víctima o perjudicado, ya sea una persona privada o ente público (por ejemplo, el Estado provincial o nacional). Existen otros en los que el producto del ilícito no supone a la vez el desapoderamiento o la limitación de un derecho concreto de otra persona. Por ejemplo, el precio que se paga por el tráfico de armas o la dádiva que recibe el funcionario en un cohecho, no generan que el “patrimonio de una víctima se vea disminuido” (o en otros términos: el fundamento de la prohibición y castigo de tal clase de actos no reside en ello). Sin embargo, el decomiso de tales cosas o bienes o el de *sustitutos/subrogantes* no deja de tener el carácter *materialmente civil*. Nótese

que en esos casos (como también en el de los delitos que generan una disminución patrimonial de una persona) el decomiso equivale a las acciones procesales posesorias o reales, propias de la rama del derecho conocida como “derechos reales”. Se logra, de ese modo, rectificar o retrotraer la situación a un punto anterior, pues los contratos que representan esos intercambios (en los ejemplos del tráfico de armas y el cohecho, “compraventa” y “locación de servicios”, respectivamente) son claramente nulos por su ilegalidad (por ejemplo, arts. 502, 944 y 1044 del Código Civil de la República Argentina y arts. 279, 281, 386, 387 y 390 del Código Civil y Comercial de la Nación). La única diferencia en esta clase de delitos (por contraposición a los delitos que generan víctimas patrimonialmente afectadas) es que el Estado aquí toma el rol que en los restantes casos *está habilitado* a adoptar la víctima o afectado, de impulsar la acción posesoria o de dominio civil. Sobre esto volveré más adelante.

b) El decomiso como medida administrativa

b.1) El decomiso, es decir, “la privación con carácter definitivo de algún bien por orden de un tribunal u otra autoridad competente”, será una medida de *tipo administrativo* cuando se dirija contra los *instrumentos y producto* del hecho que no puedan circular libremente en el mercado. Sería el caso, por ejemplo, de armas de fuego, explosivos o residuos peligrosos. El decomiso de estos bienes constituye materialmente una *coacción administrativa directa* dado que el *instrumento* utilizado para llevar a cabo el hecho o su *producto* no es un elemento que puede circular libremente en la sociedad: o bien nunca puede (mercadería ilegal en cuanto a su tenencia y transferencia), o bien sólo podrá hacerlo bajo determinadas medidas de seguridad (únicamente por parte de ciertos sujetos o instituciones, previa autorización y supervisión de su uso por parte del Estado). Acaso el ejemplo más claro sea el de los estupefacientes.³³ Está prohibida su producción y transferencia, con lo que debieran ser sacados del poder de las personas estén o no vinculados con un delito.³⁴ Se tratan de cosas o elementos que se encuentran fuera del comercio ya por el hecho de que la

³³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, (§63.III.5, p. 943): “[e]l decomiso es una pena accesoria, puesto que se distingue de ciertas medidas de coacción administrativa directa de carácter policial preventivo (secuestro de armas, explosivos, medicamentos, obras de arte, dinero, etc.) y porque tiene lugar siempre que haya condena” (véase también, en la misma obra, § 63.III.9, p. 945 y § 4.II.2, p. 36, § 5.II.9 y 12, pp. 47 y 48, y § 7.VI.4, p. 62). Nótese aquí que los autores están utilizando, implícitamente, una definición no neutra de “decomiso” pues, barrera definicional mediante, no llaman decomiso al secuestro de armas, explosivos, medicamentos adulterados, etc. Al margen de eso, y sea cual fuera la etiqueta que utilicen, en la cita queda claro que el fundamento por el cual se privan tales elementos no es el de aplicar una “pena”.

³⁴ Dejo de lado aquí la cuestión de cómo conjugar esta afirmación con la de que el consumo personal de estupefacientes, sin trascendencia a terceros, no puede ser objeto de sanción penal (CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9080”, 25 de agosto de 2009, Fallos 332:1963 y sus citas).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

propiedad, como todos los derechos, no es absoluta, sino sujeta a regulación por leyes que pueden imponer restricciones por fines públicos, siempre que no alteren la sustancia del derecho (CSJN Fallos: 247:121, 312:318, 314:225; 315:380; 320:196, entre muchos otros). El Estado, en tal función, está habilitado a limitar su ejercicio, por ejemplo, por fines de salubridad.³⁵

Dado que no se trata de una pena (pues la medida constituye una *coacción administrativa directa*), tampoco rige el principio de personalidad de la sanción que prohíbe, dicho en una frase, que el castigo trascienda a terceros. De ahí que no pueda objetarse constitucionalmente una regulación como la contenida en el segundo párrafo del art. 23, CP (según ley 25.815): “[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”. Tampoco regirá la garantía de juicio previo (o presunción de inocencia). Dado que no se trata de una pena, el procedimiento por el cual se dispone el decomiso no necesita estar rodeado de todas las garantías que reglamentan la imposición de una sanción penal. De nuevo el caso más claro lo constituyen los estupefacientes: la ley ordena destruir la sustancia luego de realizado el peritaje y la separación de muestras (art. 30, ley 23.737), y nunca nadie (tribunal o jurista) ha objetado el procedimiento alegando que la destrucción de la sustancia es una pena impuesta sin condena.

b.2) Pero el caso de bienes o cosas de circulación prohibida o limitada no es el único en el que un decomiso se impondrá con la función de *coacción administrativa directa*. Antes, en el punto VI.a.2, se distinguió entre aquellos delitos que tienen una víctima que ve su patrimonio disminuido con motivo del hecho, de aquellos otros en los que no. En uno y en otro caso se sostuvo que el decomiso del *producto* del delito como así también los bienes *sustitutos/subrogantes* o el *valor equivalente* constituyen una *medida materialmente civil*, en tanto se busca volver las cosas a un punto anterior. Pero en el segundo, el rol de la víctima que podría ejercer la acción para lograr la recuperación del bien o una compensación que resarza la situación, era tomado por el Estado. ¿Pero qué legitimidad tendría para hacer esto? El fundamento viene dado por el hecho de que si no se procediera al decomiso de las cosas y bienes *producto* de un delito o bien de los *sustitutos/subrogantes*, se generaría una desventaja con relación al resto de los integrantes de la

³⁵ Aquí, como en cualquier reglamentación/restricción de derechos, rige lo que se ha dado en llamar “principio de razonabilidad o proporcionalidad” (según que el ámbito de discusión sea el anglosajón o continental). Véase CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 7 (nota 23) y pp. 31 ss. Para un exhaustivo análisis de este principio, CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

sociedad que se sujetan a las normas para llevar adelante sus planes de vida. Neutralizar esa desventaja patrimonial es lo que hace de esta medida una *coacción administrativa directa*.³⁶

Cualquier sistema normativo implica una serie de restricciones respecto de los medios que una persona puede utilizar para conseguir sus objetivos.³⁷ De ahí que sea posible —aunque no necesario— que nuestros *deberes* entren a contradecir las preferencias individuales (p. ej., alguien podría querer lograr ilegalmente un excelente pasar económico, pero no le está permitido hacerlo).³⁸ Por lo tanto, no corregir la diferencia patrimonial generada a raíz del delito importaría mantener los efectos de una violación de las reglas de juego en la vida social, una ventaja que beneficia a aquel que no respeta las reglas y goza de los beneficios de que los demás las cumplan;³⁹ se trata de la actitud del *free rider*.⁴⁰

³⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22: "[l]a incautación de los beneficios societarios ilícitos tiene una finalidad restitutiva o reparadora: el Estado asume la representación de intereses difusos o colectivos, cuando no es el propio fisco que se cobra por este medio". (§ 5.II.9, p. 47). Asimismo, BOWLES/FAURE/GAROUPA, "Economic analysis of the removal of illegal gains", *supra* nota 8, p. 543; "Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective", *supra* nota 8, p. 280: "[f]or offences such as theft the offender can be required to return stolen goods or to pay compensation to the victim of the crime. But for 'victimless crimes' such as environmental pollution or drug trafficking the harm caused by crime is experienced by society at large rather than by individual victims. In that particular cases the confiscation of the illegal gain thus replaces compensation to the victims" (traducción del autor: "para ofensas tales como el robo, se le puede exigir al autor la devolución de lo hurtado o una compensación para la víctima. Pero en los 'crímenes sin víctimas', tales como el daño ambiental o el tráfico de drogas, el daño causado por el delito es experimentado por toda la sociedad más que por una víctima particular. En esos casos la confiscación de la ganancia ilegal reemplaza por lo tanto a la compensación de las víctimas").

³⁷ GUIBOURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004, pp. 115-121.

³⁸ JAKOBS, "Sobre la génesis de la obligación jurídica" (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 18.

³⁹ Véase BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)", en CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (eds.), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus, 2012: "[e]l comiso no tiene los mismos fines de la pena criminal, sino que persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. Fin del comiso es corregir una perturbación del ordenamiento jurídico consecuencia de la situación patrimonial ilícita generada por la comisión de delitos. No pretende desapropiar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Para ello se asigna al Estado la propiedad de los bienes utilizados o que se pretende utilizar para la comisión de delitos" (pp. 340-341). [Dicho sea de paso: cabría preguntar a esta postura en función de qué se afirma que el decomiso "no pretende desapropiar ni castigar un comportamiento antijurídico", y la respuesta implícita debería ser "porque en estos casos respondería a fines civiles o de coacción administrativa directa".] La idea de que la pena tiene por fin o debe procurar, ya sea como institución o en su aplicación en concreto, eliminar una ventaja injusta obtenida por el autor por cometer el delito, también ha sido utilizada como argumento para fundarla moralmente. Sin embargo, esas posturas exceden a la cuestión patrimonial que involucra las distintas funciones del decomiso y merecen una discusión aparte (véase notas 30 y 31).

⁴⁰ GUIBOURG, "La norma entre el hecho y el valor", en GUIBOURG, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 189. También, ALCÁZER GUIRAO, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, pp. 240-241.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

En definitiva, quien resulte beneficiado por la comisión de un delito (y aquí me estoy refiriendo a quien obtenga su *producto*, *bienes subrogantes/sustitutos* y el *provecho/ganancia*) 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 no los paga.⁴¹ 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.⁴²

Por tal motivo, el *producto* de un delito podrá o no importar afectación del patrimonio de alguna persona, sin embargo, su obtención siempre generará una ventaja a favor del autor (un beneficio) respecto del resto de las personas que no cometen delitos (en ese sentido, son perjudicados indirectos del hecho). De ahí que esos bienes deban ser decomisados, como así también los *sustitutos/subrogantes*, pues el beneficio generado por el delito se mantiene tanto si conserva el bien, como si lo cambia por otro. Y esa misma desventaja, por otro lado, es lo que justifica el decomiso del *provecho o ganancia* de cualquier clase de delito, como así también el decomiso de su *valor equivalente*.

⁴¹ CSJN, “Dr. García Pinto, José p/ Mickey SA s/ Infracción art. 44 inciso 1, ley 11.683”, 5 de noviembre de 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” (considerando 9°). Véase también el considerando 7° del voto de los jueces Belluscio y Petracchi.

⁴² Este argumento merece mucho más desarrollo, sin duda más del que estoy en condiciones de dar hoy día. Por lo pronto puedo decir que mis intuiciones son coincidentes con el principio de que el injusto no debe generar beneficios. Sobre la cuestión puede verse SALINAS, “La rectificación de la injusticia en Nozick: debates e implicaciones para los reclamos territoriales indígenas”, en *Revista Co-herencia*, vol. 9, n.º 16, 2012, pp. 119-144. También GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 65-66. Por lo demás, no se debe perder de vista que los juicios que hagamos en este plano serán relativos al sistema normativo que tomemos de referencia. Por ejemplo, “podemos pensar que alguien está cometiendo un crimen, pero si el contexto social en el que el acto sucedió es injusto, lo que aparentaba ser un crimen pudo ‘tan sólo haber ayudado a devolverle (al aparente ladrón) lo que la injusticia general de nuestro sistema le había privado’” (REIMAN, “The Moral Ambivalence of Crime in an Unjust Society”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 26, n.º 2, 2007, p. 4, con cita de KANT, *Lectures on Ethics*, Hackett Publishing Company, 1963, p. 194, [traducción del autor]). Véase, PAPAYANNIS, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014, capítulo IV (“Justicia distributiva y justicia correctiva. Dos modos de ordenar la sociedad”).

Podríamos servirnos aquí de la estructura formal de un argumento de NOZICK y decir:

- 1) Una persona que adquiere una pertenencia conforme a las leyes tiene derecho a ese bien;
- 2) Una persona que adquiere una pertenencia de acuerdo con lo que estipulan las leyes de la transferencia de bienes tiene derecho a la pertenencia;
- 3) Nadie tiene derecho a un bien excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2.

Como sabemos, no todas las situaciones reales son generadas de conformidad con estos criterios. Algunas personas roban a otras, las defraudan o los esclavizan. Tales quebrantamientos generan la necesidad de rectificar la situación.⁴³

c) Decomiso como pena

A diferencia de los casos en los que el objeto y función del decomiso determine su función *civil* o de *coacción administrativa directa*, el decomiso importará la aplicación de una pena cuando recaiga sobre los instrumentos de un delito que tengan libre circulación en el mercado. Si el delito ha sido descubierto y sancionado, el decomiso de los *instrumentos* no importa ni un resarcimiento ni una reparación, ni detendrá un curso dañoso en marcha ni un peligro inminente.⁴⁴ Del mismo modo, constituirá una pena el decomiso de *valor equivalente* del instrumento de un delito; en rigor, no se trataría más que de la aplicación de una pena de multa calculada en función del instrumento utilizado.

Suele afirmarse que la privación de los *instrumentos* del delito con carácter definitivo (su decomiso) no constituiría una pena pues el derecho de propiedad no protege el uso delictivo que se haga de los bienes y que esa concepción de la propiedad —limitada a su uso legítimo— es la

⁴³ El planteo de NOZICK, del cual aquí únicamente se toma su estructura formal, puede verse en su libro *Anarquía, Estado y utopía* (trad. Rolando TAMAYO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 154.

⁴⁴ Únicamente podría considerarse una coacción administrativa si se sostiene que el sujeto ya condenado por el delito que utilizó la cosa como instrumento la volverá a usar con idénticos fines, pero esta presuposición reposaría en un derecho penal de autor.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

tradicionalmente sostenida.⁴⁵ Sin embargo, si ese argumento fuera suficiente para negarle el carácter de pena al decomiso de instrumentos (de circulación permitida), entonces tendría que valer lo mismo para las sanciones privativas de la libertad: la prisión impuesta por un homicidio no sería una pena pues “el derecho a la libertad personal no puede proteger su uso delictivo”; más bien, se trataría —desde esa óptica— de la reglamentación del ejercicio del derecho a la libertad física. Y, hasta donde alcanzo a ver, no encuentro defensores de esta postura. Lo que implica la afirmación de que “el derecho de propiedad no ampara su uso delictivo” es que, dicho a través de un ejemplo, cuando se prohíbe “utilizar un cuchillo para matar a alguien” ello no constituye siquiera una limitación del “derecho de propiedad de la persona sobre el [uso del] cuchillo”. En rigor, lo que está en discusión allí es el propio contenido de un derecho (*vgr.* el derecho de propiedad) o, si se quiere, su delimitación frente a la interacción con otros derechos.⁴⁶ En todo caso, si se quisiera llevar el debate a ese campo y afirmar, por ejemplo, que “la sanción de prisión no es una pena, sino la reglamentación del legítimo uso del derecho de la libertad personal”, no se podría evitar los espinosos temas sobre los que versan las “teorías de la pena” o la “fundamentación moral del castigo”, pues pasarían a formar parte de la discusión sobre “el contenido o regulación del derecho a la libertad”.

Al margen de lo anterior, el único supuesto en el que el decomiso de un instrumento podría ser considerado una *coacción administrativa directa* es el caso de una asociación ilícita en actividad. Por ejemplo, se decomisa un inmueble de una red de trata de personas en funcionamiento. Como dicen ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR:

“mientras continúa una actividad lesiva, la coacción para detenerla no es pena sino coacción directa” (§ 5. II.7, p. 47); “[u]na empresa criminal es una actividad grupal compartida, cuya continuidad debe ser interrumpida por el Estado, de modo que mientras su poder se dirija a ese objetivo, será coacción directa y no punición. La criminalización secundaria, en esos casos, puede eventualmente tener el efecto de ser *materialmente* una forma de coacción directa, al menos hasta el momento en que con ella se interrumpa la actividad grupal. Cualquiera que sea el título o denominación que se invoque para su ejercicio, el dato de realidad determinante

⁴⁵ Conf. BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, p. 12; FREEDMAN, *supra* nota 10, p. 12, COLOMBO/STABILE, *supra* nota 10, pp. 1401-1405, y BLANCO CORDERO, *supra* nota 39, pp. 341-342.

⁴⁶ ROLDÁN, “¿Criminalización de la protesta social o persecución de delitos? Aclaraciones necesarias”, en BEADE/VITA (coords.), *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015, capítulo II. C, con referencias.

será que se trate de un poder conducente para la interrupción de la actividad grupal delictiva. Pero debe tenerse presente que, en cualquier caso, a partir del momento en que se desbarata la actividad grupal, en que la misma cesa espontáneamente o por cualquier razón se interrumpe sin peligro de reanudación inminente, el poder que se siga ejerciendo sobre las personas involucradas será poder punitivo". (§ 5. II.7, p. 47).

Por lo tanto, aun cuando podría decomisarse un instrumento a título de coacción directa, al momento en que cese la actividad delictiva el decomiso pasará a justificarse en tanto pena. Sea como fuera, desde que se decomisa un instrumento con dicho fin (es decir, en tanto pena), empezará a regir el principio de personalidad de la pena⁴⁷ (por lo que no podrá decomisarse un bien perteneciente a una persona ajena al hecho), como también el principio de proporcionalidad.⁴⁸

d) Adenda: dos observaciones sobre el concepto negativo de pena de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR

Como vimos, estos autores definen la pena como el ejercicio de coerción estatal que importa la privación de un derecho o la imposición de un dolor que a) no repara ni restituye y b) no

⁴⁷ Una aplicación de ello se puede ver en el art. 876, Código Aduanero: "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...* el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza; 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*". También en el art. 30 de la ley 23.737: "[e]l juez dispondrá la destrucción... de los estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración *a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable...* Además se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, *salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acreditaren que no podía conocer tal empleo ilícito*".

⁴⁸ Véase, asimismo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, § 63.III.5, p. 943: "puede tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aun para actos de agotamiento, de modo que el inmueble o los vehículos, las cuentas bancarias o cualquier otro valor empleado como instrumento o infraestructura para la comisión de un ilícito puede ser objeto de esta pena accesoria; sin embargo deberá atenerse a las reglas para la individualización de la pena, cuando la magnitud de los bienes afectados lesione la medida de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, lo que por otro lado evita que la pena se convierta en confiscación"; también, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993, § 76.II.1, p. 724: "en un pequeño delito de contrabando no se decomisa el vehículo de motor utilizado para cometerlo".

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

detiene lesiones en curso, ni neutraliza un peligro inminente.⁴⁹ Por lo tanto, el substrato mínimo de la definición lo constituyen la privación de un derecho o la imposición de un dolor por medio de la coerción estatal.

Si eso es así, podría sostenerse que aquél no es el caso cuando de lo que se habla es del decomiso del *producto* del delito o sus *sustitutos/subrogantes* e inclusive, del *provecho/ganancia*. Pues puede decirse que allí ni siquiera existe una limitación a un derecho cuando se priva a alguien de tales cosas o bienes. Sucede que quien obtiene algo por o a través de un ilícito no tiene en rigor un derecho de propiedad sobre el bien o la cosa, es decir, no tiene un título válido para ello.⁵⁰ Por lo tanto, si así se declara mediante un procedimiento judicial, no se estaría limitando un derecho que de otro modo se tendría, sino que se dejaría en claro, tan sólo, frente al autor y terceros, que en rigor *x* persona nunca contó con un derecho *y* sobre determinado bien o cosa. Dicho ahora de otro modo: a diferencia de la penas privativas de libertad, donde el autor tiene garantizado el ejercicio del derecho a la libertad ya antes de cometer el delito por el que será condenado, en el caso de la privación del *producto* de un delito (el cuadro robado, por ejemplo), sus *sustitutos/subrogantes* (el cuadro de distinto pintor que el autor consiguió por permuta) o el *provecho/ganancia* (lo que gana con el alquiler del cuadro para una exhibición), quien sufre el decomiso nunca tuvo un derecho de propiedad sobre esas cosas o bienes (lo que no ocurre con los *instrumentos* de circulación permitida utilizados en el hecho y el resto del patrimonio obtenido lícitamente sobre el que potencialmente podría recaer un *decomiso de valor equivalente*). Digamos que, en términos más gráficos, con el decomiso el autor no perdió nada, pues nunca lo tuvo (“no se puede perder lo que no se tiene”). Y

⁴⁹ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 22, § 5.1.6, p. 43. A estas funciones (civil y administrativa) también se les podría sumar las de carácter tributario, en tanto ello involucra cargas pecuniarias de carácter coactivo (véase CSJN, “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, 5 de abril de 2014 (C. 486. XLIII), considerandos 6° y 7° del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda, considerandos 6° a 8° de los jueces Petracchi y Argibay, y considerandos 11.º a 13° y 18° del juez Zaffaroni). En efecto, sin otro factor de diferenciación, no es posible distinguir de otro modo una multa de un impuesto. Sobre los problemas en la definición de Kelsen sobre el concepto de acto ilícito y la imposibilidad de distinguir ambos tipos de medida, puede verse ROLDÁN, “El Pensamiento Penal y la Teoría General del Derecho: el olvido de Hans Kelsen”, en CLÉRICO/SIECKMANN (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011, con referencias. Sobre la definición de pena y el requisito de que se trate de una respuesta ante la “existencia previa de una ofensa”, puede verse BETEGON, *supra* nota 23, pp. 156-172.

⁵⁰ BERMEJO/RACHID, *supra* nota 10, p. 12: “el fundamento del decomiso (...) reposa, en lo esencial, en que el derecho propiedad sólo existe en la medida en que la propiedad sea adquirida a través de los medios que el orden jurídico permite. La propiedad adquirida sobre la base de la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, por lo tanto, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta”. También, FREEDMAN, *supra* nota 10, p. 12, COLOMBO/STABILE, *supra* nota 10, pp. 1401 y 1405, y BLANCO CORDERO, *supra* nota 39, pp. 341-342. En la misma línea, el preámbulo de la “Ley Modelo sobre extinción de Dominio”.

tampoco podría decirse que se vieron privados de no ser turbados o privados del ejercicio de la mera tenencia o posesión (aunque más no sea ilegítima) de un bien, pues no se trata aquí de un particular que decide tomar en sus manos una disputa sobre la propiedad de un bien, sino, precisamente, de un procedimiento estatal que tiene por objeto debatir esa cuestión y a raíz del cual "*un tribunal u otra autoridad competente*" dispone "*la privación con carácter definitivo de algún bien*".

Frente a tal argumento podría insistirse diciendo que si bien la privación de un *producto* o *sustituto/subrogante* de un delito o del *provecho/ganancia* obtenido no importa la limitación o recorte de un derecho, sí constituiría la provocación de un dolor, y con ello mercería formar parte de aquellas medidas de coerción estatales candidatas a entrar en el concepto negativo de pena (lo será en tanto no esté justificada por funciones civiles o administrativas de la coerción estatal). Sin embargo, la noción de "provocación de un dolor" podría ser superflua o prescindible del concepto negativo de pena pues no parece ser una condición necesaria ni suficiente para identificar lo que exige ser justificado allí a través de argumentos distintos a los de tipo civil o administrativo. En primer lugar, porque lo que identifiquemos como "dolor" y su grado o intensidad es algo bastante subjetivo y, como tal, contingente.⁵¹ Pero, de la mano de ello, el único dolor o aflicción que puede ser considerado como prohibido, es el que derive o sea producto de la limitación de un derecho. En efecto, si una situación lícita genera aflicción, malestar o dolor (por ejemplo, un amor no correspondido), eso no importará la aplicación de una pena. O, ahora hablando del Estado, si una persona le genera mucho malestar o lo aflige el nombre que la legislatura local eligió para una calle, eso no lo llamaríamos una pena. Y si decimos que una persona no puede ser víctima de torturas, por ejemplo, no es porque eso le genera dolor, sino porque toda persona tiene derecho a no ser tratada de esa forma (por cierto, que se haya instituido ese derecho se debe a que no consideramos aceptable que se provoque dolor, pero eso es distinto a afirmar que "todo aquello que pueda generar dolor a un individuo" esté o deba ser prohibido por la legislación).

⁵¹ Véase BETEGON, *supra* nota 23, pp. 146-156, y sus referencias. También, BERMEJO, *supra* nota 32, p. 189: "entender a las sanciones como privación de derechos es mucho más claro que apelar a dolores que resultan de suma vaguedad y gradación, de difícil constatación y que, además, tiene carácter contingente. En efecto, existen casos, como el del vagabundo que puede incurrir en pequeños delitos para ganarse el cobijo que encuentra en prisión, o el del fanático que comete delitos para ir a la cárcel con el fin de dar publicidad a su causa, o el caso del masoquista, en los que parece que no se inflige un sufrimiento. Es más, una parte de los delincuentes desarrolla su identidad, sus modelos de comportamiento y sus convicciones más fuertes en sintonía con las llamadas subculturas criminales, de modo que la condena en muchos casos puede tener el efecto de ensalzar la autoestima del individuo. La pregunta es si realmente en estos casos podemos seguir hablando con propiedad de acciones de castigo. Creo que la respuesta ha de ser afirmativa y que, de hecho, en el lenguaje ordinario resultaría forzada la alusión a las situaciones descritas sin el recurso a la palabra castigo o pena".

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

Lo anterior no debe ser visto como un intento de disfrazar la realidad.⁵² En lo que sí el dolor tiene que ver con la sanción penal, no es respecto de qué se considera “pena” (aquella porción del ejercicio de la coerción estatal que no está justificada por fines civiles, tributarios o administrativos), sino de la justificación o no de su uso. Muchas teorías de la pena están comprometidas con la necesidad de que la sanción penal se traduzca con una situación que no genere placer o produzca desagrado e incluso sufrimiento, pero eso entra ya en el campo de discusión de las distintas teorías que intentan justificar la pena en tanto institución. Unido a ello, se estandariza una relación entre derechos restringidos al condenado y dolor, de modo que se parte del presupuesto de que a mayor número y extensión de derechos limitados mayor dolor producido, lo que permite hablar de penas más graves o duras que otras. En otros términos, según esas posturas se limita el ejercicio de uno o más derechos por fines no civiles/tributarios/administrativos precisamente porque de ese modo se genera mayor displacer o dolor, y la producción de esas sensaciones en determinadas cantidades es necesaria para que la generalidad de las personas se vean intimidadas, u observen que las normas siguen rigiendo, o porque es la manera de retribuir o comunicar desaprobación, etc.⁵³

Volvamos ahora a la figura del decomiso. Si todo lo anterior fuera correcto, la privación con carácter definitivo del *producto* de un delito y sus posibles *sustitutos/subrogantes* o bien el de su *provecho/ganancia*, no caería siquiera en el concepto de pena; no ya porque se impondría a fines civiles o administrativos, sino debido a que desde el inicio no se trataría de la “limitación de un

⁵² Véase CHRISTIE, *Los límites del dolor* (trad. Mariluz CASO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1981], capítulo II (“El escudo de las palabras”).

⁵³ Para NINO el sufrimiento que la pena implica es un efecto intencional del acto de recurrir a ella (ya que se persigue como fin o como medio para otro fin), a la vez que admite que: “podría objetarse que la inclusión de esta propiedad distintiva en la definición de ‘pena’ implica erigir una ‘barrera definicional’ en contra de, por lo menos, dos posibles objetivos que a veces se aducen como fundamento para justificar medidas punitivas: la reforma o rehabilitación de los delinquentes y su incapacitación física para cometer otros delitos. Sin embargo, creo que en este caso es legítimo excluir por definición estos objetivos como propios de la *pena*. Me parece que difícilmente clasificaríamos como tal, en el uso común del lenguaje, una medida cuyo *único* objetivo fuera la rehabilitación o la incapacitación para reincidir del delincuente. En realidad, cuando se aducen estos propósitos como las únicas metas válidas en la lucha contra la delincuencia, los que así lo hacen suelen plantear su pretensión como un propuesta de reemplazar la pena por algo diferente (por ejemplo, medidas curativas o de seguridad)” (*supra* nota 17, pp. 203-204). Este planteo abre una discusión más profunda que no viene al caso encarar aquí aunque más no sea porque los medios con los que hoy día se cuenta para intentar rehabilitar a alguien o incapacitarlo para reincidir exigen la privación de derechos y la generación de dolor. Acaso la situación fuera distinta si algún día la neurociencia avanzara hasta tal punto que con sólo modificar algunas conexiones neuronales mediante un procedimiento inmediato que ni siquiera la persona sintiese, se garantizara que ese individuo nunca cometerá un homicidio, por ejemplo. Dejando de lado las discusiones sobre la noción de dignidad humana que tal técnica podría plantear, se trataría, en todo caso, de un procedimiento muy distinto al método Ludovico de “La naranja mecánica”, por decirlo de algún modo.

derecho o imposición de un dolor”: no habría aquí siquiera un derecho limitado o la producción de un eventual dolor jurídicamente relevante. Sí lo sería, en cambio, pero únicamente, el caso del decomiso de un *valor equivalente* a ellos y el de los *instrumentos* de circulación permitida en el mercado.

Por lo tanto, en la medida en que ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR pretendan seguir considerando al decomiso (distinto de las coacciones administrativas directas) como pena accesoria,⁵⁴ este argumento hablaría de la necesidad de entender en un sentido amplio o impropio al componente de la definición de pena negativa “privación de un derecho”. En ese sentido, se vincularía más con la idea de “no permitir que un aparente derecho se ejerza” o bien, directamente, con el “uso de la fuerza o coerción estatal no justificada por argumentos de contenido civil, tributario o administrativo”.

VII. Consecuencias

En función del análisis hecho hasta aquí, puede verse que la discusión acerca la legitimidad de la medida de decomiso estaba obstaculizada por el preconceito de pensar que la llave de la utilización de esta herramienta es una y única. En cambio, si se acepta que el decomiso puede tener distintas funciones, los obstáculos se disuelven para dar lugar a las preguntas realmente importantes: ¿puede disponerse definitivamente de un bien por ser un *instrumento*, *producto*, *subrogante/sustituto*, *provecho/ganancia* de un delito o su *valor equivalente*? Y como vimos, podría hacérselo a los fines de reparar o resarcir a las víctimas o perjudicados, para evitar o detener un curso causal lesivo en marcha o inminente, o también en tanto aplicación de una pena.⁵⁵ La respuesta variará dependiendo del objeto sobre el que recaiga. De eso modo, el decomiso podrá ser una acción civil, una administrativa o bien una penal.

¿Pero no es todo esto un “fraude de etiquetas”? ¿No se cambia el nombre a algo que el Estado tenía prohibido hacer sólo para lograr, a través de esa maniobra, tener abierto el camino antes

⁵⁴ Véase *supra* nota 33.

⁵⁵ El Código Aduanero prevé, en su artículo 876.1.a, una medida mixta, pues allí se dispone el comiso de las mercaderías objeto del delito o “una multa igual a su valor en plaza” si no se pudiera aprehender o si su titular o quien tuviere la disponibilidad jurídica de ella no debiera responder por la sanción. Sin embargo, salvo que se trate de mercadería sujeta a una prohibición (al menos para el supuesto de prohibiciones absolutas: aquellas que impiden a todas las personas la importación o la exportación de mercadería determinada —art. 611 CA—), el producto del delito únicamente será el porcentaje de derecho aduanero no pagado, pero no la totalidad de la mercadería. Su decomiso (la parte que excede al valor del impuesto dejado de declarar) funcionaría como una multa calculada en función de la mercadería involucrada.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

vedado?⁵⁶ Pienso que no sería el caso, pues sostener que el camino antes estaba cerrado es algo que, precisamente, debe ser objeto de demostración; de otro modo la objeción se sustentaría en un argumento circular. Si sólo fuera uno el argumento que exclusivamente pudiera brindar legitimación a la medida y se buscara sortear los requisitos de aplicación exigidos por aquél con sólo “no llamar a las cosas por su nombre”, efectivamente se trataría de un ejemplo de “fraude de etiquetas”. De un escamoteo, en otras palabras. Pero con el decomiso y las distintas funciones que puede adquirir según el objeto o bien sobre el que recaiga, no es eso lo que sucede dado que, como se intentó demostrar a lo largo del texto, argumentos de tipo civil/administrativo/tributario pueden justificar la “privación de algún bien con carácter definitivo por orden de un tribunal u otra autoridad competente”. No se busca de este modo lograr una validez de la que antes se carecía. Un examen para constatar si no se está tratando de hacer contar como “pena” algo que no lo es (una medida civil, p. ej.) consiste en preguntarse si podrían oponerse argumentos que impidan la privación de ese preciso bien pero por parte de un juez civil (es decir, un juez sujeto a un procedimiento civil, con todo lo que lo diferencia de un proceso penal). Si eso se considera válido (por ejemplo, una acción de reconocimiento de derecho real) entonces el ejercicio funcionaría como indicio de que allí no habría un problema constitucional real.

Ahora, la posibilidad de subdividir los diversos fines o funciones que puede perseguir la imposición de un decomiso vinculado con la comisión de un delito permite proyectar diferentes consecuencias respecto de las condiciones bajo las cuales la aplicación de tal medida será válida. En particular, las derivaciones se proyectan a cuestiones procesales y respecto de la pregunta sobre quiénes pueden sufrir las consecuencias de la medida. Por ejemplo: en lo que se refiere a estándares probatorios, cuando se trate de un decomiso con fines civiles o administrativos podrán aplicarse los que se entiendan aplicables a aquellas materias. Lo mismo sucede con las cargas probatorias y presunciones. Como se sabe, estas cuestiones reciben distinto tratamiento cuando lo

⁵⁶ Referencias sobre el “fraude de etiquetas” pueden verse en GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, pp. 207-208: “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*”.

debatido en el proceso es la posible aplicación de una sanción penal. Pues allí es necesario que el juez cuente con certeza y que la carga de la prueba recaiga sobre el acusador. Además de eso, en el caso de medidas civiles y administrativas, el decomiso podrá afectar a los terceros que hayan adquirido o recibido la cosa. El límite estará dado por las reglas que la legislación pueda contener sobre cómo adquirir la propiedad en tales casos (prescripción adquisitiva, buena fe y título oneroso, o algún fin humanitario⁵⁷), más allá del derecho que puedan tener a ser indemnizados. Muy distinto será cuando se trate de una pena, pues deberán cumplirse todas las garantías y principios que rigen el derecho penal. Por lo pronto la sanción no podrá afectar a terceros y también estará limitada por el principio de proporcionalidad de las penas; por lo demás, sólo podrá ser impuesta luego de recaída una sentencia firme.

Respetado todo aquello, no hay nada que oponer, *desde el punto de vista de la garantía constitucional del juicio previo y la presunción de inocencia*, a la institución del decomiso sin condena penal, en tanto, claro está, su aplicación no constituya una pena (y lo será cuando lo decomisado sea un bien de libre circulación que haya sido utilizado como instrumento de un delito ya concluido).⁵⁸ Esto no puede sorprender pues, p. ej., algunos supuestos que hoy día caen dentro del art. 305, CP, ya estaban abarcados por el art. 1101 del Código Civil vigente hasta el año 2015, cuando establecía que podría dictarse condena civil a pesar de haberse instado la acción criminal, en tanto el acusado hubiere fallecido o estuviera ausente. No obstante, la reglamentación o implementación procesal del "decomiso sin condena penal" o la llamada "extinción de dominio", deberá contemplar que la tramitación en paralelo de la imputación penal, o inclusive bajo un mismo proceso (es decir, bajo la decisión del mismo órgano jurisdiccional), no genere afectaciones a las garantías procesales, como la prohibición de autoincriminación forzada o el derecho de defensa en juicio. Por lo demás, cualquiera que sea el procedimiento elegido para aplicar un

⁵⁷ Respecto del fin humanitario, basado en la dignidad de la persona, BERMEJO/RACHID proponen no disponer el decomiso sobre las ganancias, o decretarlo parcialmente, cuando el valor neto de aquellas sea escaso o cuando ello signifique privar al afectado o su grupo familiar dependiente de su única vivienda o de los medios necesarios de subsistencia (*supra* nota 10, pp. 21-22 y 24). Sobre casos en los que el decomiso puede afectar a terceros véase, por ejemplo, el art. 23, CP: "[c]uando 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".

⁵⁸ Sin distinciones, en contra de la validez constitucional del art. 305, CP, véase TROVATO, "Art. 305", en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal Comentado. Tomo 12, Arts. 300/316. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013: "pena sin condena previa" (p. 606), "la pena de decomiso sin condena" (p. 606). "Se trata de la posibilidad de aplicar una pena anticipada sobre una persona cuya estado de inocencia no ha sido aún destruido" (p. 607). También pp. 609-610.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

decomiso en tanto medida civil o de tipo administrativo, se deberán respetar las genéricas garantías de defensa en juicio y debido proceso.

VIII. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

BEADE, Gustavo A., “La (relativa) importancia del merecimiento”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 1, 2015, pp. 103-122.

BEDAU, Hugo Adam/KELLY, Erin, “Punishment”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/punishment/> [enlace verificado el día 16 de octubre de 2016].

BERMEJO, Mateo G., “Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena”, en ALEGRE, Marcelo/GARGARELLA, Roberto/ROSENKRANTZ, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

— *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

BERMEJO, Mateo G./RACHID, Cristian, “Informe sobre el decomiso de las ganancias derivadas del delito en la legislación argentina”, en LASCANO, Carlos Julio (h)/MONTIEL, Juan Pablo (coords.), *Informe Crimint-UNC 2012: Reforma del Código Penal Argentino*, e-book, 2012, pp. 13-18. Disponible en: <http://crimint.com.ar/2013/07/06/informe-crimint-unc-2012-reforma-del-codigo-penal-argentino/> [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016].

BETEGON, Jerónimo, *La Justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

BIX, Brian, “Interrogantes en la interpretación jurídica” (trad. H. BOUVIER), en *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

ROLDÁN, S. (2016) “Las diversas funciones del decomiso...”, pp. 49-83

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en CAPARRÓS, Eduardo A.F./ONTIVEROS ALONSO, Miguel /RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (eds.), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, México, Ubijus, 2012.

BOWLES, Roger/FAURE, Michael/GAROUPA, Nuno, “Economic analysis of the removal of illegal gains”, en *International Review of Law and Economics*, vol. 20, 2000, pp. 537-549.

— “Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n.º 2, 2005, pp. 275-295.

BULYGIN, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

CARRIÓ, Genaro R., “Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho”, en *Notas sobre el derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor* (trad. Mariluz CASO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1981].

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

COLOMBO, Marcelo/STABILE, Agustina, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2005-D.

COMESAÑA, Juan Manuel, *Lógica Informal. Falacias y Argumentos Filosóficos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2001.

DAVIS, Michel, “Desert and Unfair Advantage: What’s the Connection?”, en *Law and Philosophy*, vol. 12, n.º 2, 1993, pp. 133-156.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

DOLINKO, David, “Mismeasuring ‘Unfair Advantage’: a Response to Michael Davis”, en *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 493-524.

DUFF, Anthony R, “Auctions, Lotteries and the Punishment of Attempts”, en *Law and Philosophy*, vol. 9, n.º 1, 1990.

FERNÁNDEZ, Leandro Tadeo, “Confiscación sobre producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos”, en *Revista Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, pp. 227-246.

FREEDMAN, Diego, “Regulación del decomiso en el derecho comparado”. Disponible en: <http://eventos.senado.gov.ar:88/18834.pdf> [enlace verificado el día 2 de diciembre de 2016].

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

GRECO, Luis, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. Paola DROPULICH y José R. BÉGUELIN), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

GUIBOURG, Ricardo A., “La norma entre el hecho y el valor”, en ÍDEM, *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

— *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

HART, Herbert L.A., “Definición y Teoría en la ciencia jurídica”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (trad. Genaro R. CARRIÓN), Buenos Aires, Depalma, 1962.

— “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2008.

JAKOBS, Günther, “Sobre el génesis de la obligación jurídica” (trad. Manuel CANCIO MELIÁ), en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

ROLDÁN, S. (2016) “Las diversas funciones del decomiso...”, pp. 49-83

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. José Luis MANZANARES SAMANIEGO), 4.ª ed., Granada, Comares, 1993.

MALAMUD GOTI, Jaime, “Emma Zunz. Sentimientos y castigo”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2002/A, pp. 107-122.

NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1998 [1980].

— *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito* (trad. Guillermo Rafael NAVARRO), Buenos Aires, Astrea, 1980.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía* (trad. Rolando TAMAYO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991.

PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret*, 4/2014.

REIMAN, Jeffrey, “The Moral Ambivalence of Crime in an Unjust Society”, en *Criminal Justice Ethics*, vol. 26, n.º 2, 2007, pp. 3-15.

ROLDÁN, Santiago, “El Pensamiento Penal y la Teoría General del Derecho: el olvido de Hans Kelsen”, en CLÉRICO, Laura/SIECKMANN, Jan (eds.), *La teoría del derecho de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011.

— “¿Criminalización de la protesta social o persecución de delitos? Aclaraciones necesarias”, en BEADE, Gustavo/VITA, Leticia (coords.), *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2015.

SALINAS, Alejandra M., “La rectificación de la injusticia en Nozick: debates e implicaciones para los reclamos territoriales indígenas”, en *Revista Co-herencia*, vol. 9, n.º 16, 2012, pp. 119-144.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año II, número 3 (2016)

TROVATO, Gustavo F., “Art. 305”, en BAIGÚN, David/ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal Comentado. Tomo 12, Arts. 300/316. Parte Especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

VILLAR, Mario Alberto, “De por qué es inconstitucional la extinción por pago y ningún juez puede declararla”, en *Revista de Derecho Penal: Derecho Penal Económico*, n.º 1, 2007, pp. 79-117.

ZAFFARONI, Eugenio R., “¿Vale la pena?”, en *Nino/Zaffaroni: Un debate sobre la pena*, Buenos Aires, Fichas del INECIP, 1999 [1991], pp. 28-29.

ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.