

EL EMBARGO Y LA CONFISCACION COMO CONSECUENCIA DE LOS HECHOS PUNIBLES EN EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS (*)

Prof. Dr. J. A. E. Vervaele(**)

Profesor Ordinario de Derecho Penal Económico y Financiero de la Universidad de Utrecht; Profesor del Colegio de Europa, Brujas

I. Sistema jurídico de los Estados Unidos

I.1. Introducción

Durante mucho tiempo la afectación de los derechos patrimoniales como consecuencia de la comisión de infracciones delictivas ha jugado un papel mínimo en el Derecho penal. La sanción del autor en cuanto que persona ocupaba un lugar central. El interés de las actuaciones de la acción pública se limitaba a la investigación o al mantenimiento del orden público (confiscación). El ataque al patrimonio del autor constituía una ayuda, pero no una sanción independiente. En lo que concierne a la acción civil, en función del sistema jurídico, la víctima podía constituirse como parte civil en el marco del proceso penal (modelo francés) u obtener la reparación del daño ante el juez civil. Los dos sistemas tienen en común el hecho de que la víctima de la infracción juega un papel secundario y que sus intereses se limitan a la indemnización del daño.

Los leitmotifs actuales que dominan en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad, como el tráfico de drogas, la criminalidad organizada, el fraude y la corrupción, permiten no sólo nuevos y numerosos medios, sino también nuevas sanciones. Uno de los medios más contundentes es el arsenal creciente de posibilidades procesales (penales) en el ámbito de la investigación centrada en el botín, el embargo y la confiscación del patrimonio criminal⁽¹⁾. La época en la que la confiscación jugaba un papel importante sólo en la legislación aduanera ha sufrido una revolución y parece que en la actualidad, bajo la influencia del modelo norteamericano, la confiscación⁽²⁾ de patrimonios criminales adquiere un lugar importante, no sólo como medio sino también como sanción independiente⁽³⁾. El acento se desplaza de la confiscación de objetos con el fin de conservar las pruebas, hacia las sanciones de confiscación dirigidas a obtener la propiedad de los bienes. Esta influencia procedente de los Estados Unidos no es directa, sino que se hace por medio de normas internacionales y europeas, basadas también en la política orientada hacia el botín, que conducen los Estados Unidos. Pienso a estos efectos en la Convención de Naciones Unidas de Viena⁽⁴⁾, en la Convención de Estrasburgo⁽⁵⁾ y en la Directiva europea sobre el blanqueo⁽⁶⁾. Estas fuentes internacionales y europeas no han sido impuestas por los Estados Unidos y dejan libertad de elección a los Estados en cuanto al contenido procesal a conferir a las sanciones de confiscación. Este contenido no consiste en una pura operación mecánica de transposición, sino que forma parte de las competencias procesales y del *ius puniendi* del Estado. En resumen, los principios básicos del Derecho (procesal) penal son sometidos a una dura prueba. Las sanciones de confiscación inciden no sólo sobre los hechos imputados, sino también sobre los hechos análogos. A esto se añade la circunstancia de que a menudo la cuestión de la carga de la prueba es más ligera, basta la existencia de indicios suficientes o de plausibilidad del hecho, y de que se produce una inversión de la carga de la prueba relativa al origen legítimo de los bienes o valores. Para el enfoque orientado hacia el botín, los derechos de los terceros sobre estos bienes se encuentran también en una situación particular. Para terminar, el procedimiento de confiscación está en muchos países separado del procedimiento penal propiamente dicho, se trata, por tanto, de un proceso en dos fases, en el seno o no del proceso penal.

Determinado el origen de las sanciones de confiscación, me he fijado como objetivo en esta contribución el análisis del sistema jurídico de los Estados Unidos, y a continuación enfocarlo desde un plano crítico, partiendo de la *Bill of Rights* y de la jurisprudencia de la *Supreme Court*. La cuestión central consiste en saber si y en qué medida los Estados Unidos consiguen configurar las nuevas armas de lucha contra la criminalidad relativa a las drogas y al crimen organizado de modo tal que respeten también las condiciones mínimas de protección jurídica.

I.2. El embargo y la confiscación en los Estados Unidos

I.2.1. El sistema jurídico

Como es sabido, no existe un régimen de Derecho (procesal) penal en los Estados Unidos. Cada uno de los 50 Estados tiene un régimen particular en el seno del cual los comportamientos son punibles en el ámbito de competencia de cada Estado y son investigados, perseguidos y condenados por la policía, el Ministerio Fiscal y los tribunales penales propios. Al lado de esto, el legislador federal, el Congreso, ha elaborado, en ejecución de sus competencias constitucionales, una legislación penal federal. Coexisten los sistemas penales de los Estados Unidos y de la Federación. La problemática de las sanciones de confiscación (*seizure/forfeiture*) ha cobrado importancia sobre todo bajo la influencia de la nueva legislación federal relativa a las drogas. Por esta razón nos limitaremos en esta materia al nivel federal. Las disposiciones federales que hacen referencia a la confiscación tienen además prioridad sobre el Derecho de los Estados (*preemption-doctrine*). Por la vía de los '*white-collar statutes*', reglamentación elaborada a partir de los conceptos de blanqueo de capitales (*money laundering*) y de crimen organizado (*racketeering*), este enfoque ha sido progresivamente extendido a la tutela de otras reglamentaciones económicas (*substantive statutes*) relativas a la bolsa, al ambiente u orientadas hacia la formación de trusts o al fraude. Actualmente hay, sólo a nivel federal, 140 leyes federales que contienen disposiciones relativas a la confiscación. La autoridad ha reemplazado de hecho a la víctima y reclama, desde esta posición, la indemnización del peligro social, reclamación que excede a menudo los gastos realizados por la autoridad y los beneficios obtenidos por el autor. De esta manera, las sanciones de confiscación ya no presentan un carácter de reparación, de indemnización (*remedial*) sino un carácter sancionador. Las sanciones de confiscación son, por tanto, similares a las multas (penales). En el Departamento de Justicia, el Fiscal General de los Estados Unidos ha elevado a prioridad máxima las sanciones de confiscación y ha creado una oficina especializada en la materia (*Executive Office of Asset Forfeiture*) que recauda cada año varios centenares de millones de dólares de ingresos de la confiscación. Igualmente la DEA y el FBI son particularmente activos en este ámbito. La confiscación no sólo de los beneficios de la droga (*proceeds*), sino también del patrimonio e incluso de las empresas conducirá a una resuelta "muerte civil" de las organizaciones criminales. Esto ha generado tensiones entre los Derechos (patrimoniales) del ciudadano y el poder del Estado, así como un debate público sobre las fronteras de la protección del Derecho que han obligado a la Corte Suprema, contrariamente al Tribunal de Derechos Humanos⁽⁷⁾, a elaborar un amplio abanico de jurisprudencia.

Haré primeramente un breve esbozo del sistema jurídico de las sanciones de confiscación en los Estados Unidos⁽⁸⁾. Es preciso hacer una distinción entre la forma civil y la penal (*civil and criminal forfeiture*)⁽⁹⁾, aun cuando ambos procedimientos de confiscación encuentran su origen en la presunción de comisión de una infracción. La confiscación penal es un procedimiento *in personam* que está ligado a una presunción criminal en contra de las personas. Esto significa que forma parte íntegramente del procedimiento penal. Esta confiscación depende de la condena (*post-conviction*) y se impone por el juez penal en tanto que sanción formal al condenado y solamente por los hechos juzgados. Por contra, la confiscación de Derecho civil es un procedimiento *in rem* relativo al patrimonio y no al procesado, y se basa en una presunción legal según la cual el propio patrimonio es culpable⁽¹⁰⁾. Frente a la confiscación penal, este procedimiento no está sometido al procedimiento penal y la condena no constituye una condición indispensable. En el 80% de estas confiscaciones de Derecho civil no se llega nunca a una inculpación oficial. Algunos hablan decididamente de una "guilty property fiction". Aun cuando la autoridad no disponga de indicios suficientes para inculpar a alguien o para condenarle, se puede, pese a todo, imponer la confiscación de Derecho civil. Por ello se afirma lo siguiente: "La confiscación civil/administrativa⁽¹¹⁾ representa un bonito sueño para el Ministerio Fiscal y una pesadilla para la defensa". Esta confiscación se dirige a las personas responsables de la utilización de su patrimonio en contradicción con el Derecho penal, o de otorgar su autorización para ello, o de la aceptación de un patrimonio de origen criminal. A pesar de que las sanciones de confiscación tienen su sede en el Derecho penal, también se llevan a cabo por la vía de procedimientos *in rem* de Derecho civil. La confiscación de Derecho civil puede ser impuesta tanto por el juez civil como por un órgano administrativo (*enforcement agency*)⁽¹²⁾. El órgano administrativo puede elegir entre la "*summary forfeiture*", cuando los bienes están en sí mismos prohibidos (drogas, mercancías de contrabando), y la confiscación administrativa. En este último caso, la agencia puede embargar y confiscar el patrimonio si la legislación federal prevé tal competencia a consecuencia de los hechos punibles⁽¹³⁾ y si el objeto tiene un valor inferior a los 500.000 \$, existe una prohibición de importación, consiste en un medio de transporte que ha servido para transportar drogas o se trata de

dinero constitutivo del objeto de una transacción financiera⁽¹⁴⁾. Contrariamente a la variable "summary", en caso de confiscación administrativa es suficiente una notificación del embargo al interesado y a los terceros en general. A falta de respuesta, la propia agencia adopta una decisión de confiscación. Tanto la "summary forfeiture" como la variante administrativa son pues extrajudiciales. Si no se reúnen las condiciones mencionadas arriba o si afecta a bienes inmuebles, por lo que el interesado se opone, se ha de requerir al Fiscal de los Estados Unidos para la "civil forfeiture" por el juez civil. El juez extiende, también tras una notificación, una "order forfeiture" que es ejecutada por el U.S. Marshals Service del Departamento de Justicia.

En los Estados Unidos no existe una disposición general sobre la confiscación ni a nivel civil ni a nivel penal. Las leyes federales determinan las sanciones de confiscación que pueden ser impuestas. Entre 1790 y 1970 no existió ninguna ley federal que previera la confiscación penal. Ello era debido a la aversión existente por la confiscación del *common law* inglés (*forfeiture of estate*), dado que en la época colonial todas las pertenencias de los delincuentes eran inmediatamente confiscadas en beneficio de la Corona. La confiscación *in rem* de Derecho civil existe desde 1790 en el ámbito aduanero y ha sido extendida, siguiendo una jurisprudencia permisiva de la *Supreme Court*, a muchos otros ámbitos. Sin embargo, en 1970 se dió un paso en dirección a la confiscación penal en dos leyes federales relativas al crimen organizado y a la droga: la ley relativa al *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO)⁽¹⁵⁾ y la ley relativa a la *Continuing Criminal Enterprise* (CCE)⁽¹⁶⁾. Enseguida se aprobaron en otras leyes federales disposiciones análogas en materia de confiscación, como en la *Money Laundering Control Act* 1986 (MLCA)⁽¹⁷⁾, y en las disposiciones federales del Derecho (procesal) penal⁽¹⁸⁾. Actualmente el concepto de confiscación penal está íntegramente anclado en el Derecho (procesal) penal americano⁽¹⁹⁾. También se han adoptado medidas que permiten conservar el patrimonio susceptible de ser confiscado, puesto que en el Derecho penal no existe ninguna posibilidad de proceder a un embargo preventivo antes de la condena. El Tribunal puede hacer "congelar" un patrimonio y puede, por la vía de las "temporary restraining orders" o "injunctions", emprender cualquier acción para garantizar el *statu quo* del patrimonio a la espera de una posterior acción penal. En el seno de las 140 leyes que contienen disposiciones relativas a la confiscación, analizaré los modelos más importantes que, por su carácter ejemplificativo, han conducido a un "widening effect". No será preciso indicar que todo ha comenzado a causa de la "war on drugs". Lo que comenzó para la confiscación de mercancías de contrabando, se ha extendido progresivamente al contrabando derivado (vehículos, depósitos), a los beneficios (*proceeds*), a los beneficios derivados (*derivate proceeds*) para acabar con la confiscación de valores (*value property forfeiture*) y con la confiscación de bienes sustitutivos (*substitute asset forfeiture*).

1.2.2. La droga y el crimen organizado: los dominios funcionales de protección

La legislación federal americana en materia de drogas conoce pues, desde 1970, junto a la confiscación civil, la confiscación penal⁽²⁰⁾. La variante procedente del Derecho civil⁽²¹⁾ preveía la confiscación: 1/ de las drogas, de los objetos y de los productos que han sido utilizados o iban a ser utilizados para producir drogas, tratarlas, distribuir las, transportar las, importar las o exportar las; los contenedores y los medios de transporte, incluidos los barcos y aviones que son utilizados para el transporte o que iban a ser utilizados o que debían hacer posible el transporte, la venta, la tenencia, etc.; 2/ del dinero y de los valores que son utilizados para obtener drogas, que iban a ser utilizados con este objetivo o que debían hacer posible tal tráfico, y de todos los productos del crimen que presentan indicios de este intercambio⁽²²⁾; 3/ de los bienes (incluso inmuebles) que son utilizados o que iban a ser utilizados para permitir la comisión de delitos relativos a las drogas. A pesar de esta muy larga descripción de objetos, las nuevas sanciones penales de confiscación van todavía más lejos. Junto a la confiscación de los beneficios (*proceeds*)⁽²³⁾ y de los bienes que son utilizados para cometer las infracciones relativas a las drogas (*facilitating property*)⁽²⁴⁾, también se admite la posibilidad de confiscación del patrimonio de la asociación criminal (*continuing criminal enterprise property*)⁽²⁵⁾ y de los bienes sustitutivos (*substitute assets*)⁽²⁶⁾. Esta última constituye una confiscación de valores y no una confiscación de objetos. El bien no se transfiere al Estado, pero el Estado deviene acreedor. Como se observa, la confiscación no está limitada a los beneficios, sino que se extiende a todo lo que permite la actividad criminal o que se encuentra implicado en ella. De esta manera la empresa en sí misma deviene el objeto de la confiscación (*enterprise forfeiture*).

Esta confiscación penal amplia es retomada en la legislación relativa a la criminalidad económica y financiera, y en particular a la criminalidad organizada. La *Organized Crime Control Act* 1970 se ubica en el Título IX RICO⁽²⁷⁾. RICO⁽²⁸⁾ tiene como objetivo, por la vía de la lucha contra las redes criminales,

combatir la infiltración del crimen organizado en la actividad legal de la empresa. Los elementos constitutivos de RICO⁽²⁹⁾ dicen claramente: 1/ el acusado 2/ sobre el que recaigan dos o más actas⁽³⁰⁾ 3/ que constituyan un modelo 4/ de '*racketeering activity*' 5/ que invierta directa o indirectamente en, o guarde un interés en, o participe en 6/ una empresa 7/ en la que las actividades tengan una influencia sobre el tráfico interestatal o internacional. El concepto '*racketeering*' designa la delincuencia financiera, como la estafa, la extorsión, el fraude, la prostitución, el tráfico de drogas, etc. Se define de manera tan amplia que casi todas las formas de adquisición ilegal de bienes quedan abarcadas en él. RICO no contiene nuevos comportamientos punibles pero liga consecuencias penales y civiles a la comisión (modelo) de al menos dos infracciones, (entre las que se encuentran muchas infracciones previas ('*predicate offenses*'), tales como los negocios de buenas costumbres y el tráfico de deshechos por ejemplo. Muy rápido, la jurisprudencia, incluida la de la *Supreme Court*⁽³¹⁾, ha prescindido del requisito según el cual se debe producir la infiltración en la economía legal, lo que ha extendido notablemente el alcance de RICO. Además, la asociación (*conspiracy*) para la comisión de RICO es también subsumible en las disposiciones penales. El Departamento de Justicia reconoció fácilmente que las posibilidades de RICO eran muy amplias⁽³²⁾. Las infracciones de RICO pueden ser abordadas por la vía del Derecho civil (orden judicial de cierre o de venta de las acciones de la empresa) y/o por la vía del Derecho penal (20 años de prisión, multas y confiscación de los bienes obtenidos o utilizados en relación con las '*racketeering activities*'). RICO da cabida sin ninguna duda a los instrumentos más poderosos en la lucha contra el crimen organizado. RICO no conoce la confiscación civil, sino una confiscación⁽³³⁾ que es una copia de la confiscación en materia de drogas. RICO contiene, junto a la sanción de confiscación de los beneficios, incluidos los derivados y los sustitutivos⁽³⁴⁾, también la confiscación de los intereses de la empresa del procesado y de los ligados a ella⁽³⁵⁾. De esta manera, queda desdibujada la conexión entre las infracciones penales y los beneficios, y la legislación se aproxima a una confiscación general de bienes (muerte civil), pues la confiscación no está limitada a la parte de la empresa que está contaminada por la '*racketeering activity*'⁽³⁶⁾.

En el ámbito financiero, el 18 USC § 981 preveía la confiscación civil en caso de infracción a la obligación de informar sobre las transacciones (CTR). Conceptos tales como 'toda propiedad, mueble o inmueble, implicada' o 'toda propiedad, sometida a la jurisdicción de los Estados Unidos, que constituya, derive o que presente indicios de constituir un producto del crimen, de manera directa o indirecta' son objeto de una interpretación amplia y dan cabida, por ejemplo, a cuentas bancarias, cuando resulte que éstas son utilizadas para cometer las infracciones de blanqueo de capitales. La confiscación penal en el ámbito del CTR y del blanqueo de capitales (*money laundering*) es de tiempos recientes⁽³⁷⁾. Desde 1986 se preveía para las infracciones a los '*money laundering statutes*' 18 USC § 1956 (blanqueo de capitales) o § 1957 (transacciones financieras ilegales), pero se encontraba limitada a 'toda propiedad, mueble o inmueble, que represente importantes ingresos obtenidos por la persona, de una manera directa o indirecta, como resultado del crimen, o que presentan indicios del crimen'. 'Importantes ingresos' designaba solamente las comisiones del blanqueador y no el propio dinero. En 1988 se aprobó el 18 USC § 982 (a). Las infracciones a las obligaciones CTR⁽³⁸⁾ fueron incluidas igualmente allí y se amplió el campo de aplicación de la confiscación a 'toda propiedad, mueble o inmueble, implicada o que presente indicios de constituir una propiedad semejante'. Al mismo tiempo se introdujo el concepto de productos de sustitución del crimen ('*substitute assets*') en el 18 USC § 982 (b). Aun así subsistía un problema, ya que el blanqueador no dispone, en tanto que prestador de servicios, del patrimonio. Es la razón por la que se ha llevado a cabo una adaptación gracias a la cual el patrimonio propio del blanqueador puede ser confiscado con la condición de que efectúe tres o más operaciones en un período de 12 meses y por un valor de al menos 100.000 \$⁽³⁹⁾. En 1992 las empresas especializadas en la circulación ilegal del dinero⁽⁴⁰⁾ fueron también añadidas a la lista de confiscaciones.

Para terminar, se ha elaborado una legislación específica sobre confiscación en el ámbito de la criminalidad financiera y bancaria. Mediante la introducción de **FIRREA**, la *Financial Institution Reform, Recovery and Enforcement Act* (1989), se ha previsto, junto a la posibilidad de una confiscación civil⁽⁴¹⁾ en el marco de las infracciones en el mundo financiero, una confiscación penal⁽⁴²⁾ que en sí está limitada a los beneficios y a la confiscación de valores. Pero muchas infracciones FIRREA pueden estar ligadas a infracciones RICO y a las reglamentaciones sobre el blanqueo de capitales, lo que hace que pueda ser igualmente utilizada aquí la confiscación amplia de empresas.

I.3. Confiscación civil versus confiscación penal: un balance

La imposición de una sanción de confiscación no queda al arbitrio judicial, sino que más bien tiene un carácter obligatorio (*mandatory*). ¿Qué procedimiento de confiscación puede seguirse y quién impone la sanción? La legislación federal específica determina si son posibles las sanciones civiles y/o penales de confiscación y, en el caso de las sanciones civiles, si pueden ser impuestas por el juez o por la propia administración (*enforcement agency*). Si la ley prevé diversos procedimientos de confiscación, lo cual ocurre normalmente, la agencia determina, en ausencia de una competencia propia, si se sigue una vía civil o penal, o las dos⁽⁴³⁾. Con la excepción de la *summary* y de la confiscación administrativa, es siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal -bajo la autoridad del Departamento de Justicia-; a menudo éste último tiene una oficina en las agencias. La sanción de confiscación es posteriormente impuesta por el juez civil o por el juez penal (confiscación judicial). El procedimiento civil puede además entablarse tras el desarrollo del procedimiento penal, aun cuando éste no haya conducido a la condena. Aunque la confiscación penal ha aumentado fuertemente, la confiscación civil continúa siendo la vía normal para confiscar los bienes que se obtienen o son utilizados en las infracciones legales. Bajo la presión de la lucha contra las drogas y la criminalidad organizada, las autoridades han interpretado la expresión 'patrimonio culpable' de forma muy amplia y han procedido a confiscaciones amplias, con independencia del procedimiento penal.

También se ha observado que al poner en conexión las disposiciones penales amplias de confiscación con las disposiciones penales que se definen como norma virgen, se ha conseguido crear, también por la vía del procedimiento penal, un paraíso para los órganos de persecución. De hecho, el alcance de la confiscación penal es más amplio que el de la confiscación civil. Permite tanto la confiscación de bienes sustitutivos como la confiscación de valores. La posición de los terceros en Derecho penal es igualmente más débil, al menos de quienes no sean de buena fe. Especialmente en el ámbito de la droga, la forma penal va más lejos al confiscar también los intereses comerciales de apoyo. La forma penal presenta no obstante la desventaja de que la prueba penal debe acreditar los hechos más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*)⁽⁴⁴⁾ y que el Estado no toma posesión del patrimonio antes de la condena. La forma civil tiene un alcance más limitado pero la prueba no es tan estricta⁽⁴⁵⁾ como la probabilidad razonable (*probable cause*)⁽⁴⁶⁾ y la autoridad recibe el patrimonio antes de la condena. En el procedimiento civil, en el que el patrimonio corre el riesgo de ser confiscado, se debe después valorar la prueba contraria sobre la base de la preponderancia de pruebas. Se puede alegar aquí la circunstancia de que la infracción no ha tenido lugar, la prueba de un origen legal, la desproporción o la excepción del propietario inocente (*innocent owner defense*). Esta inversión de la carga de la prueba es considerada por la *Supreme Court* acorde al Derecho constitucional⁽⁴⁷⁾. La confiscación civil es algunas veces la única vía posible si, por ejemplo, el patrimonio pertenece en parte al acusado y en parte a un no acusado, si el acusado es un fugitivo o si, antes de la sanción de alguna persona, ésta ha autorizado la utilización de su patrimonio con finalidades criminales, sin que deba probarse su complicidad en las infracciones penales.

De todas las maneras, la carga de la prueba en el procedimiento civil de confiscación coloca al interesado en una posición débil, pero la diferencia a nivel de la carga de la prueba presenta también otras consecuencias desagradables para el justiciable. El Gobierno puede apoyarse de hecho sobre la doctrina del *'collateral estoppel'*. Si el acusado es condenado en el plano penal por los hechos, el Gobierno puede aplicar la prueba civil para la confiscación. Si el acusado es absuelto, no puede interponer un recurso en un procedimiento civil porque el nivel de prueba es más severo ante un juez penal que ante el juez civil.

II. Análisis constitucional y principios generales del Derecho (procesal) penal en los Estados Unidos

II.1. Introducción. Protección jurídica y protección constitucional⁽⁴⁸⁾

En los Estados Unidos la retórica de la guerra ha tenido como clara consecuencia el desequilibrio de la balanza entre la lucha contra la criminalidad y las garantías del proceso justo, y ello en detrimento de la protección jurídica. El poder judicial, incluida la *Supreme Court*⁽⁴⁹⁾, ha seguido durante largo tiempo esta evolución. Se ha dejado llevar por la vaguedad y ha dejado hacer⁽⁵⁰⁾. A causa de las crecientes críticas, seguidas de un cierto número de abusos flagrantes de la confiscación, se ha producido un giro a partir de los años ochenta en la jurisprudencia de la *Supreme Court* que, contrariamente a la jurisprudencia dominante en los *District Courts* y de las *Courts of Appeals*, intenta someter el celo en materia de persecuciones a un cierto número de condiciones mínimas.

Es interesante ver cómo la práctica de la *Supreme Court* en materia de confiscación le ha obligado a tomar posición en relación con un cierto número de cuestiones espinosas pero esenciales en materia de *ius puniendi* del Estado y de la correspondiente protección jurídica. La evolución de la legislación ha minado la idea básica de la propia confiscación y le ha dado cada vez más un carácter sancionador en lugar de un carácter reparador. La *Bill of Rights* (las ocho primeras enmiendas de la Constitución) establece restricciones a la autoridad en cuanto a la investigación de las actividades criminales sospechosas y en cuanto a la persecución de sospechosos y de acusados de un delito. Como resalta la jurisprudencia, la problemática de la confiscación atraviesa de hecho toda la *Bill of Rights*. El análisis transversal que sigue hace referencia a la cuarta enmienda (la exclusión de la prueba obtenida por una persecución o embargo ilegales - *illegal search and seizure - exclusionary rule*), a la quinta (el derecho a no declarar contra sí mismo - *self-incrimination; ne bis in idem - double jeopardy*; proceso debido - *due process*), a la sexta (proceso debido - *due process*) y a la octava (la cláusula de las multas excesivas - *excessive fines clause*). Históricamente estas enmiendas fueron redactadas en cuanto que restricciones destinadas al Gobierno federal pero, por la vía de la decimocuarta enmienda de 1867⁽⁵¹⁾, se ha cuestionado si la *Bill of Rights* puede ser igualmente de aplicación a los Estados. Desde la óptica actual de la *Supreme Court*⁽⁵²⁾, se trata de una incorporación selectiva de la *Bill of Rights* a la 14ª enmienda⁽⁵³⁾.

En el momento del análisis de la jurisprudencia de la *Supreme Court*, se debe señalar que en el seno de una enmienda determinada intervienen muchas cuestiones relativas al carácter jurídico de la confiscación. No porque una sanción presente un carácter sancionador a la luz de la 8ª enmienda (*excessive fines clause*) es considerada automáticamente como sanción punitiva para la aplicación del principio *ne bis in idem* de la 5ª enmienda. En segundo lugar, la mayor parte de la jurisprudencia se refiere sobre todo a la protección jurídica en materia de confiscación civil, dado que es en este ámbito en el que se presentan los mayores escollos. Pero progresivamente, también se van planteando los primeros casos de confiscación penal resultado de la controvertida reglamentación RICO.

Aun cuando la confiscación civil existe desde 1790, su carácter jurídico no ha sido objeto de discusión más que en el caso **Miller**, relativo a las infracciones cometidas durante la guerra civil americana. Miller argumentó ante la *Supreme Court* que las "*Confiscations Acts*" aprobadas por el Congreso durante la guerra civil tenían como objetivo el sancionar la alta traición, pero que no preveían la protección jurídica obligatoria recogida en la *Bill of Rights*. La *Supreme Court*, sin embargo, resolvió que el Congreso había adoptado una legislación en el marco de sus competencias especiales de guerra con el objeto de proteger la soberanía nacional y no en el marco de su rol normal de legislador⁽⁵⁴⁾. El juez Field formuló a este respecto una importante opinión disidente en la que admitía que el objetivo era la sanción de la alta traición y que entonces, en materia de confiscación civil, deberían ser de aplicación las condiciones de protección jurídica propias de las persecuciones criminales: 'la confiscación de bienes tiene un carácter sancionador; no castiga a la cosa en cuanto tal, sino que se impone a causa de la delincuencia del propietario'⁽⁵⁵⁾. La discusión relativa a las condiciones de protección jurídica constitucional por una sanción civil que presenta un carácter sancionador, semipenal, se encuentra abierta, discusión que ha discurrido paralelamente a la habida en Europa relativa al artículo 6 CEDH en el ámbito de las sanciones civiles y administrativas.

II.2. La jurisprudencia de la *Supreme Court* en materia de confiscación

II.2.1. La confiscación en cuanto que pena en las enmiendas 4ª y 5ª

A finales del siglo pasado, la *Supreme Court* pronunció una sentencia que marcó un hito en el caso **Boyd c. United States**⁽⁵⁶⁾. Boyd, acusado de importación ilegal y de fraude de impuestos aduaneros, debía entregar al Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal, la contabilidad, las facturas y las cuentas (*subpoena for the production of evidence*). El hecho de no dar curso a esta petición se considera como una confesión, lo que puede llevar a la imposición de sanciones penales y de una confiscación civil. La *Supreme Court* es de la opinión de que 'la elaboración obligatoria de estos libros y de los papeles privados con el fin de ser utilizados contra él o contra su propietario en un procedimiento civil o criminal, o con un fin de confiscación, entra en el espíritu de la quinta Enmienda (...) es equivalente a la elaboración obligatoria de libros, el hecho de calificar la no entrega como una confesión de las alegaciones que quedarían probadas por dichos libros. En materia de confiscación la decisión es difícil porque se trata de una confiscación civil. La *Supreme Court* siempre ha sido prudente antes de

quebrar las distinciones jurídico-formales tales como '*criminal versus civil*', que son señaladas por el Congreso en la legislación. La *Supreme Court* adopta sin embargo una actitud muy categórica y de principio en la materia: 'Es deber de los Tribunales mantenerse vigilantes en cuanto a los derechos constitucionales de los ciudadanos y en cuanto a sus infracciones inadvertidas. Su lema debería ser *obsta principiis*'. La posición de principio es desde entonces la siguiente: 'Los procedimientos establecidos que tengan por objeto obtener la confiscación de la propiedad de alguien a causa de los crímenes cometidos por él son de naturaleza criminal, aun cuando sean, desde el punto de vista de la forma, de naturaleza civil/administrativa'⁽⁵⁷⁾. La *Supreme Court* extiende de manera consecuente este razonamiento a las enmiendas 5ª y 6ª: 'Un procedimiento dirigido a confiscar la propiedad de alguien a causa de un delito, aun cuando tenga una forma civil/administrativa, e independientemente del hecho de que sea *in rem* o *in personam*, es una cuestión criminal, en el sentido de la parte de la quinta Enmienda que prevé que ninguna persona puede ser obligada en un caso penal a testificar contra sí misma (...) Cuando una cosa prohibida por la quinta Enmienda, en este caso la autoinculpación, se realiza en el marco de una pesquisa o de un embargo de libros, devienen 'una pesquisa y un embargo ilegítimos' en el seno de la cuarta Enmienda'⁽⁵⁸⁾.

II.2.2. La confiscación y la prueba obtenida ilegalmente en relación a la 4ª enmienda

La sentencia en el caso Boyd no significa que la prueba obtenida ilegalmente por una '*search of seizure*' ilegal sea automáticamente de aplicación a todas las confiscaciones civiles. La decisión al respecto fue tomada en 1965, en el caso **One 1958 Plymouth Sedan c. Pennsylvania**⁽⁵⁹⁾. La policía, encargada de la aplicación de la legislación en materia de alcohol, detuvo un vehículo sospechoso por razón de sobrecarga y encontró, en el momento del registro, 31 cajas de alcohol. El cargamento y el vehículo fueron embargados. La ausencia de mandato de registro llevó a la *District Court* a pronunciarse por la ilegalidad de la prueba obtenida y denegó entonces la confiscación *in rem*⁽⁶⁰⁾. La *Court of Appeals* decidió, sin embargo, que la exclusión de las pruebas obtenidas ilegalmente no es de aplicación más que a las sanciones penales y no a la confiscación civil. Este punto fue confirmado por la *Supreme Court of Pennsylvania*. Durante la vista en la *Supreme Court* federal las autoridades de Pensilvania argumentaron que la sentencia en el caso Boyd no era aquí de aplicación, a la vista de que no se trataba en este caso de un mandato de sanción con base en la administración de la prueba, sino de la legitimidad de la prueba que está ya en posesión de las autoridades. La *Supreme Court* decidió, sin embargo, que "los razonamientos del caso Boyd se aplican con por lo menos tanta o más fuerza, en este caso'. En un segundo razonamiento, las autoridades remiten a la jurisprudencia en la que la *Supreme Court* aprobó la confiscación en situaciones similares. Con todo, la *Supreme Court* dijo que estos casos no se refieren más que a las mercancías fraudulentas (*contraband*) cuya posesión es por sí misma ilegal y no al vehículo (*derivative contraband*). Además, el valor del coche es mucho más elevado que la sanción penal que cabe imponer a la persona por la infracción de la ley sobre el alcohol. Sería entonces extraño aplicar la *exclusionary rule* a la sanción penal y no a la sanción civil. Se mantiene, por tanto, la vía seguida en el caso Boyd ('la confiscación es claramente una pena por el crimen cometido'). El significado de esta decisión no debe ser sobrevalorado, ya que muchas *Districts Courts* concluyen que 'un embargo ilegal de la propiedad no inmuniza a esta propiedad de un procedimiento de confiscación (...) la propiedad misma no puede ser excluida del procedimiento de confiscación (...) las pruebas obtenidas independientemente de la confiscación ilegal pueden ser utilizadas en un procedimiento de confiscación'⁽⁶¹⁾. En resumen, nada impide a los órganos de protección el embargar de manera ilegal los bienes y elaborar enseguida de forma relativamente simple la prueba sobre la base de una probabilidad razonable (*probable cause*) para solicitar la confiscación.

II.2.3 La confiscación y el principio *ne bis in idem* de la 5ª enmienda

La cuestión que más se ha tratado ha sido la de saber si una condena penal y una confiscación *in rem* que recaigan sobre los mismos hechos son compatibles con el principio *ne bis in idem* (*ne bis in idem verxary, ne bis in idem puniri*), designado en los Estados Unidos como '*double jeopardy clause*'⁽⁶²⁾. En el caso **Various Items**⁽⁶³⁾, una empresa cometió un fraude fiscal en materia de impuestos sobre el alcohol. Se impuso a la empresa una condena penal y una confiscación *in rem* de la empresa. Dejando claro que no se trata aquí de una acción civil tendente a recuperar los impuestos, incluidos los incrementos fiscales, sino de una confiscación *in rem*, la *Supreme Court* adopta el punto de vista según el cual la confiscación no forma parte de la sanción y no debe entonces, por definición, someterse a la 5ª enmienda. Igualmente, en el caso **One lot Emerald**⁽⁶⁴⁾, la *Supreme Court* no vió la utilidad de quebrantar la voluntad del legislador. El interesado había

importado un lote de esmeraldas y un anillo sin declararlos en la aduana. Puesto que el Ministerio Público no podía aportar la prueba del dolo, se llegó a un acuerdo. Las autoridades procedieron entonces a una confiscación *in rem*. La *District Court* opina que el *collateral estoppel* y la 5ª enmienda chocan en este punto. La *Supreme Court* siguió sin embargo a la *Court of Appeals* con base en el hecho de que la prueba del dolo no es necesaria en materia de confiscación y que tampoco es un problema de dos procedimientos o condenas penales: 'La confiscación es la consecuencia de una importación no conforme a las reglas aduaneras; no se requiere una infracción penal, y mucho menos una convicción penal'. También en el caso **9 Firearms**, la *Supreme Court* subrayó que un individuo sólo se puede beneficiar de la protección de la 5ª enmienda cuando se trata 'de un procedimiento que es sustancialmente penal, lo que no ocurre con los procedimientos de confiscación'⁽⁶⁵⁾. La *Supreme Court* ha matizado seriamente estos puntos de vista en el caso **Halper**⁽⁶⁶⁾, un caso relativo a las multas civiles⁽⁶⁷⁾. Halper había incluido, a propósito de cuidados médicos prestados con anterioridad cubiertos por la sanidad federal, 65 facturas por cuidados no prestados. Fue condenado a dos años de prisión y a 5.000 \$ por fraude a la autoridad. Sobre la base de la *False Claims Act* civil federal, se inició un proceso civil en el que se solicitaba una multa civil de 2000 \$ por cada factura falsa. La multa, por valor de 130.000 \$, contrasta fuertemente con el montante de la factura (585 \$) así como con la cuantía de los gastos de la investigación y del procedimiento (valorados en 16.000 \$). Se puede entonces cuestionar si la multa civil supone una doble sanción a la luz de la *double jeopardy clause*. El gobierno estaba de acuerdo en que la *double jeopardy clause* sólo despliega efectos en el Derecho penal y que lo importante en esta materia es la definición legal de la sanción. La *Supreme Court* tomó claramente sus distancias en relación con este razonamiento: 'el recurso al lenguaje, estructura y objetivo de la legislación es poco deseable cuando se trata de 'intereses humanos' protegidos por el principio *ne bis in idem* en materia de sanciones. Esta garantía constitucional es intrínsecamente personal. Su violación sólo puede identificarse cuando se determina el carácter de las sanciones impuestas por la maquinaria del Estado. Haciendo estas valoraciones, las etiquetas "criminal" y "civil/administrativo" no tienen una importancia decisiva (...) la noción de punición, según se entiende comúnmente, corta transversalmente las divisiones entre el Derecho civil/administrativo y el Derecho penal'. Fundándose en el hecho de que la sanción civil era tan desproporcionada (x 220) en relación con el daño causado, 'que se separa de todo objetivo reparatorio', la *Supreme Court* llegó a la conclusión de que la sanción a la luz de la regla del *double jeopardy* debe ser calificada de 'punición'. De lo que resulta que la *District Court* debía reducir la multa a un nivel proporcional y no punitivo.

La vía tomada en el caso Halper se ha mantenido por la *Supreme Court* en el caso **Kurth Ranch**⁽⁶⁸⁾. En la finca agrícola de la familia Kurth se detectó un cultivo de marihuana. Las plantas fueron embargadas y destruidas, se confiscaron las instalaciones de la empresa y fueron arrestados y perseguidos penalmente los directivos de la empresa. La familia tuvo que hacer frente también a un impuesto del Estado de Montana en virtud del cual, en caso de detención por infracciones relativas a las drogas, el interesado debe pagar un impuesto equivalente a ocho veces el valor venal de las drogas. En el curso de un proceso de quiebra, los Kurth apelaron a la 5ª enmienda para evitar el pago del impuesto. La *Bankruptcy Court* aceptó el *double jeopardy*, a la vista de la 'conclusión inevitable de que el objetivo de la legislación antidroga era punitivo y disuasivo'. La *District Court* confirmó el fallo y la *Court of Appeals* siguió igualmente este enfoque, salvo que se basó en la negativa del gobierno a practicar la prueba del carácter penal del impuesto. La *Supreme Court* tomó como punto de partida: 'En un momento dado, las características incriminantes del supuesto impuesto han tomado tal dimensión que el carácter inicial se pierde y deviene solamente una sanción con las características de regulación y sanción. Este comentario, junto con la afirmación en Halper según la cual las etiquetas no tienen valor en una investigación *ne bis in idem*, indican que un impuesto, por la simple razón de que sea un impuesto, no queda al margen de una evaluación desde la perspectiva del principio *ne bis in idem*'. Por el carácter muy específico del impuesto, que depende de la comisión de la infracción y de la detención, la *Supreme Court* llegó a la conclusión de que este impuesto tiene como objetivo principal sancionar y no percibir impuestos: 'Finalmente, este impuesto relativo a las drogas es una amalgama de anomalías, muy alejado de los muchos aspectos cruciales de un impuesto estándar, lo que le impide evitar una calificación de sanción en el cuadro de un análisis conforme al principio *ne bis in idem*'. El jefe y juez Rehnquist abogó, en una opinión disidente, en favor del mantenimiento de la distinción entre 'impuesto' y 'sanción'. Los impuestos tienden a percibir ingresos y lo mismo ocurre aquí. El juez O'Connor añadió en su *dissenting opinion*, que se trata de un problema de proporcionalidad de este impuesto, dados los elevados gastos de aplicación. De hecho, el interesado debería aportar la prueba de la desproporción.

II.2.4. La confiscación y el proceso debido según la 5ª enmienda

En el pasado, la *Supreme Court* se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la validez de las investigaciones y embargos conforme a lo dispuesto en la 4ª enmienda, y ha aceptado su validez, incluso en caso de ausencia de notificación o *hearing* o sin orden judicial⁽⁶⁹⁾. Pero en un embargo dirigido a una posterior confiscación, la '*search and seizure*' no se centra en la recopilación de pruebas sino en la adquisición de bienes. Por esta razón, el procedimiento debe satisfacer igualmente las *Due Process Clauses* de la 5ª enmienda⁽⁷⁰⁾. Se admite generalmente que la notificación no es necesaria si se trata de un embargo-confiscación en caso de contrabando, aun cuando recaiga sobre vehículos. En el plano jurídico, se plantea sin embargo la cuestión de saber si, en caso de embargo y de confiscación de bienes inmuebles en los supuestos distintos a los de contrabando, debería haber una notificación previa y un procedimiento contradictorio antes de que los bienes puedan ser embargados. En el caso **Fuentes c. Shevin**⁽⁷¹⁾, la *Supreme Court* dijo que el embargo sin notificación previa es constitucional en cuanto que se satisfagan tres condiciones: 1/ que el embargo represente un importante interés público; 2/ que sea precisa una acción rápida; 3/ que las autoridades ejerzan un control severo sobre su utilización. Con base en estos criterios, el embargo sin notificación o *hearing* es posible por ejemplo en los casos de alimentos que constituyan una amenaza para la salud pública, para evitar la quiebra de un banco, para retirar las drogas ilícitas del mercado, para percibir los impuestos, etc. Sin embargo, en el caso **Calero-Toledo**, la *Supreme Court* dió un curioso virage⁽⁷²⁾. Calero-Toledo había adquirido su yate mediante *leasing* para unos puertorriqueños. Las autoridades encontraron a bordo un cigarro de marihuana e iniciaron las diligencias en su contra. El yate fue embargado para su confiscación sin notificación previa o *hearing*. Calero-Toledo constató dos meses más tarde que el alquiler no había sido pagado y que su yate no sólo había sido embargado sino también confiscado. Dado que no se encontraba al corriente del embargo, no pudo defenderse durante el procedimiento de confiscación. Calero-Toledo se opuso a la confiscación sobre la base de la violación de su derecho al *due process*. Sin embargo, la *Supreme Court* reconoció las circunstancias excepcionales que justifican la confiscación sin notificación o *hearing* ya que 1/ hay un interés general en juego, la lucha contra la droga, la lucha contra el uso ilícito de bienes y la tutela de la legislación penal; 2/ la notificación puede frenar el objetivo y 3/ el embargo no ha tenido lugar a petición de partes privadas, sino a petición de los órganos encargados de la aplicación de la ley. Esta sentencia suscitó perplejidad. El juez Douglas dijo en tono de broma en una opinión disidente: 'La marihuana en el yate fue descubierta el 6 de mayo de 1972. El embargo del yate se realizó el 11 de julio de 1972 -- más de tres meses después. Visto el retraso, ¿dónde está la 'necesidad especial de actuar rápidamente' que fue subrayada en el caso Fuentes v. Shevin? (...) Si el yate hubiera sido verdaderamente utilizado para el tráfico de drogas, los que exigen la confiscación podrían tener el derecho de su lado. Pero este no parece ser el caso; hasta ahora no hay más que un cigarro de marihuana hallado a bordo del yate. No son más que trivialidades. La severa ley impuesta por los jueces debería ser suavizada por la justicia'. No debe sorprender que desde ese momento el fallo pronunciado en el caso Calero-Toledo haya sido utilizado por el Departamento de Justicia como firma en blanco con el fin de que la confiscación quede al margen de las reglas constitucionales del *due process*. La *Supreme Court* ha puesto más tarde freno a esta interpretación mediante su sentencia en el caso **James Daniel Good Real Property**⁽⁷³⁾. Se encontró en el domicilio de Good un cierto número de kilos de marihuana y de cajas de aceite de hachis. Good fue declarado culpable y condenado a un año de prisión cerrada y a cinco años de libertad condicional, a 1.000 \$ de multa y a la confiscación de 3.187 \$ encontrados en metálico. Cuatro años y medio más tarde, dentro del plazo de la prescripción, se inició nuevamente una acción de confiscación *in rem*⁽⁷⁴⁾ de su vivienda y de su terreno. El juez aceptó la probabilidad razonable (*probable cause*) con base en las pruebas practicadas en el procedimiento penal y en la investigación en el curso de la cual las drogas habían sido descubiertas; dió autorización para embargar las propiedades sin notificación o *hearing*. La vivienda estaba arrendada y se requirió a los arrendatarios para que ingresaran el alquiler en la cuenta de la autoridad. La *District Court* tomó enseguida la decisión de confiscación, pero la *Court of Appeals* consideró que el embargo sin notificación y *hearing* es contrario a la *Due Process Clause* de la 5ª enmienda. La *Supreme Court* estableció que 'la libertad individual se manifiesta en los derechos relativos a la propiedad. En este caso y en otros muchos se encuentran involucrados la seguridad de la casa y la vida privada de sus habitantes'. Sólo en circunstancias excepcionales, dijo la *Supreme Court*, se puede derogar la regla general que exige notificación previa y *hearing*. Estas circunstancias excepcionales dependen de los intereses que concurren en el procedimiento y de la rapidez y eficacia de los procedimientos posteriores. La *Supreme Court*, después del examen, concluyó la no existencia de una situación excepcional y el hecho de que la autoridad tiene un interés financiero directo en el resultado de los procedimientos, lo que le requiere un *hearing* previo indispensable.

II.2.5. La confiscación y la protección contra la sanción excesiva conforme a la 8ª enmienda

En el caso **Alexander c. United States**⁽⁷⁵⁾ la *Supreme Court* tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la confiscación penal derivada de la normativa RICO. Alexander era propietario de una cadena especializada en material pornográfico. Siete objetos, entre ellos revistas y vídeos, fueron calificados de obscenos y fue condenado por estos hechos, con base en la legislación federal sobre menores, a seis años de prisión, a multa de 100.000 \$ y al pago de los gastos de persecución, de prisión y de sometimiento a control de la licencia. Estas infracciones sirven además de modelo para una infracción RICO, por la cual el Ministerio público solicitó la confiscación penal de su empresa y de 9 millones \$ obtenidos por '*racketeering*'⁽⁷⁶⁾. La *District Court* acordó la confiscación, que fue confirmada en apelación. Ante la *Supreme Court*, Alexander invocó, además de la limitación de su libertad de expresión, que la confiscación, junto a su condena penal, era desproporcionada en relación a las infracciones cometidas y que, por tanto, constituía una violación de la 8ª enmienda⁽⁷⁷⁾. La *Supreme Court* analizó la confiscación con base en la *excessive fines clause*, al contrario que la *Court of Appeals* que había examinado sin razón el caso únicamente con base en la cláusula del castigo cruel y desusado. La proporcionalidad de una confiscación RICO no debe ser medida, según la *Supreme Court*, en función de la venta de un cierto número de revistas obscenas o de vídeos, sino 'a la luz de las actividades criminales desarrolladas por el demandante en el seno de esta empresa criminal durante un período de tiempo sustancial'. La *Supreme Court* estableció que esta confiscación constituye sin ninguna duda una sanción financiera, que no se diferencia de una multa tradicional y que entonces entra en el marco de la 8ª enmienda. Sin embargo, la *Supreme Court* reenvió el caso ante la *Court of Appeals* para determinar si era un problema de desproporción.

Con todo, en 1993 la *Supreme Court* superó una etapa con la sentencia del caso **Austin**⁽⁷⁸⁾. A petición de un agente provocador, Austin fue a buscar 60 gramos de cocaína (valor en la calle, 200 \$) a su autocaravana, para seguidamente venderla en su *body shop* al agente provocador. Austin confesó y fue condenado a siete años de prisión. Entonces, el juez civil confiscó en el plano civil la autocaravana y la empresa de Austin (valor, 35.000 \$)⁽⁷⁹⁾, con base en la probabilidad razonable (*probable cause*) obtenida por una declaración bajo juramento del agente provocador (*officer's affidavit*). Ni la *District Court* ni la *Court of Appeals* consideraron de aplicación la 8ª enmienda a la confiscación civil. La *Supreme Court* subrayó que en este caso no se trata de la relación 'civil-criminal', ya que el texto de la 8ª enmienda no está limitado, vista su historia legislativa, a las causas penales. Solamente hay que preguntarse si la confiscación constituye una sanción financiera y si es, en la especie, compatible con la *Excessive Fines Clause*. El gobierno argumentó que la confiscación no presenta un carácter sancionador, sino un carácter reparador desde dos puntos de vista: 1/ retira del mercado los instrumentos del tráfico de drogas y 2/ los ingresos de la confiscación constituyen una compensación por los gastos de aplicación de la ley y por el peligro social (toxicomanía, gastos de cuidados sanitarios, problemas urbanos, etc.). La *Supreme Court* respondió al primer argumento siguiendo la línea del caso **One 1958 Plymouth Sedan c. Pennsylvania** y dijo que aquí no se trata de las drogas; exactamente igual que el coche, este bien no puede considerarse como instrumento del tráfico de drogas para la calificación de 'contrabando'. En lo que concierne al segundo argumento, la *Supreme Court* dijo que no se trata de '*a reasonable form of liquidate damages*' y que 'la confiscación de la propiedad (...) es una sanción que no tiene ninguna relación con los peligros experimentados por la sociedad o los costes de la represión'. En la línea de la sentencia del caso **Halper**, y con base en la historia legislativa, la *Supreme Court* llegó a la conclusión de que la confiscación civil tiene también objetivos sancionadores, lo que se deriva del hecho de que cabe invocar como prueba una '*innocent owner defense*' y que, por estas razones, está sometida a la *Excessive Fines Clause* de la 8ª enmienda⁽⁸⁰⁾. De hecho, la *Supreme Court* sitúa así la confiscación civil en materia de drogas, en la línea del caso **Boyd c. US**, en la esfera cuasi-penal. El juez Kennedy, apoyado por el juez Rehnquist y el juez Thomas, hizo observaciones en su *current opinion*: 'No estoy convencido de que todos los procedimientos de confiscación *in rem* se puedan atribuir a la conducta censurable del propietario (...) desearía también saber si las confiscaciones *in rem* se encuentran siempre ligadas a una infracción intencional del propietario de los bienes confiscados'. Es extraño que la *Supreme Court* rechace elaborar una regla test, a partir de la cual pueda establecerse si la confiscación es contraria realmente a la *Excessive Fines Clause*: 'La prudencia indica que los tribunales de primera instancia tienen el derecho a tomar en consideración esta cuestión'. De esta manera, el propio Ministerio público puede trazar los contornos del contenido de esta noción. Es significativo que en las directivas en la materia que emanan de la *Asset Forfeiture Office* del Departamento de Justicia⁽⁸¹⁾, la concepción del *concurring* juez Scalia se toma como punto de partida, a saber: 'Al contrario que las sanciones financieras, las confiscaciones *in rem* han de fijarse, no en

función del valor apropiado de la pena en relación con el crimen cometido, sino determinando los bienes que han sido afectados por el uso ilegal, independientemente de su valor'. Mediante la introducción de este test de instrumentalidad en lugar del test de proporcionalidad, se delimita la protección jurídica de la 8ª enmienda. Desde entonces, ya no es posible apreciar una unidad en la jurisprudencia de los tribunales federales, de manera que algunos se atienen al test de proporcionalidad, otros recurren al test de instrumentalidad y otros incluso aplican una combinación de ambos⁽⁸²⁾. Algunos tribunales también están de acuerdo en que el caso Austin no es de aplicación a los productos de los delitos relativos a las drogas⁽⁸³⁾, quedando claro que en este caso sólo se pronuncia sobre los bienes que son utilizados para realizar la venta o para permitirla⁽⁸⁴⁾. Los productos del crimen, se adelanta, son siempre proporcionales a las infracciones relativas a las drogas.

Sea lo que sea, la sentencia del caso **Austin** ha suscitado en los medios judiciales más que emoción, ya que, combinada con la sentencia del caso **Halper**, la cuestión reside en saber si la aceptación de un carácter sancionador según la 8ª enmienda debe o puede conducir también a una violación de la *Double Jeopardy Clause* de la 5ª enmienda⁽⁸⁵⁾. La jurisprudencia no es unánime en la materia pero, en respuesta al caso Austin, ha aceptado que la confiscación *in rem* persigue como objetivo la sanción de los propietarios por su comportamiento culpable o susceptible de reproche y tiene también, por tanto, un carácter *ad personam*. La '*guilty property fiction*' se sitúa así en el punto de mira y la aplicabilidad de la *doble jeopardy clause* deviene ineluctable⁽⁸⁶⁾.

II.2.6 La confiscación y la excepción del propietario inocente/*relation back doctrine*

Uno de los problemas básicos en materia de confiscación se plantea respecto de todos aquellos que tienen derechos o intereses reconocidos en relación con el patrimonio (propietario, poseedor y terceros). En efecto, las sanciones de confiscación no afectan solamente al patrimonio, sino también a todos los derechos, títulos e intereses sobre el patrimonio. En el marco de la confiscación *in rem* tanto por drogas como por blanqueo y FIRREA, el Congreso aprobó en 1984, bajo la presión de la opinión pública, una excepción respecto del propietario inocente, aunque los términos que se utilizan en cada una de las concretas normas son distintos, y van desde sin conocimiento ('*without the knowledge*')⁽⁸⁷⁾, pasando por el sin conocimiento o sin el consentimiento ('*without the knowledge or consent*')⁽⁸⁸⁾ hasta sin conocimiento o sin el consentimiento o sin ceguera deliberada ('*without the knowledge or consent, or willful blindness of the owner*')⁽⁸⁹⁾. El alcance de la excepción del propietario inocente es importante porque la prueba puede conducir, en el cuadro de la preponderancia de las pruebas, a invalidar la probabilidad razonable (*probable cause*) del Ministerio público. En la práctica, los jueces se basan en el '*reasonable precautions standard*', que implica que 'el demandante debe probar que no tenía 'conocimiento constructivo' de las actividades ilegales, es decir, que no tenía ninguna razón para creer en alguna conducta ilegal, y que no ha sido 'conscientemente ciego' o 'deliberadamente ignorante' de la actividad ilegal'. Las interpretaciones restrictivas de la noción de buena fe y las interpretaciones extensivas de la doctrina de la '*relation back*' han llevado a una práctica judicial que ha neutralizado en gran medida la excepción de la defensa. La doctrina de la '*relation back*', de origen jurisprudencial, pero introducida más tarde en la legislación, implica que en materia de confiscación el derecho sobre el patrimonio existe desde el momento de la comisión de los hechos. La *Supreme Court* ha dejado hacer durante mucho tiempo, pero aun así tomó en 1993 una decisión de principio clara⁽⁹⁰⁾ en el caso **92 Buena Vista**⁽⁹¹⁾. En 1982, Joseph Brenna ofreció a su compañera Bet Ann Goodwin 240.000 \$ para la compra de la vivienda y el terreno que ocupa con sus tres hijos. Pero en 1983 ella fue sometida a una confiscación *in rem*⁽⁹²⁾ de su propiedad y de su vivienda, porque el dinero de su esposo había sido obtenido mediante el tráfico de drogas. La *District Court* acepta, con base en el hecho de que existe entre estas dos personas una relación íntima, la probabilidad razonable (*probable cause*) y ordena embargar los bienes. La *Disctric Court* admitió en este contexto la '*innocent owner's defence*' con dos condiciones: 1/ no puede ser invocada más que por los adquirentes de buena fe y 2/ esta exención sólo se puede alegar por aquellos que ya tenían un interés en el bien antes de los hechos. La doctrina de la '*relation back*' implica que Goodwin no ha sido nunca propietaria, ya que en el momento del pago del dinero obtenido de la droga, los Estados Unidos han devenido propietarios; no puede entonces apelar a la '*innocent owner defence*'. La *Court of Appeals* no aceptó los dos razonamientos. El Departamento de Justicia intentó más tarde ganar el pleito ante la *Supreme Court*. La cuestión clave que se plantea aquí consiste en saber si el hecho de que la propietaria ignorara que el dinero procedía del tráfico de drogas puede servir para alegar la excepción con base en esta reglamentación. La *Supreme Court* hizo un análisis interesante de la legislación relativa a la confiscación en los Estados Unidos, y constató que ya en la primera legislación federal en materia de contrabando, era posible la confiscación de los bienes ilegales y de

los medios de transporte (incluidos los barcos) sin que existiera una defensa '*innocent owner*' pero que, hasta los años 70, la confiscación no se extendía a los '*proceeds*'. Cuando la extensión, se previó igualmente la '*innocent owner defence*'. El texto legislativo no permite, según la *Supreme Court*, restringir la defensa a los propietarios de buena fe y la doctrina de la *relation back* relativa a los beneficios imposibilita completamente la defensa y mina de hecho la propia excepción, algo que no podía ser el objetivo del legislador. La conclusión es entonces la siguiente: 'Es claro que la imposición ficticia de la retroactividad de un título no tiene fuerza ejecutiva en sí, pero se realiza a partir del momento en el que el gobierno gana el procedimiento de confiscación. Hasta ese momento, quien quiera que posea la propiedad puede invocar todas las excepciones disponibles, incluida la excepción del propietario inocente'.

En lo que concierne a la confiscación penal, hasta 1984 no se reconoció a los terceros ningún interés en el curso del procedimiento. Los terceros no podían actuar más que contra la propia decisión de confiscación. Bajo la presión del Congreso, se previó en 1984 la posibilidad para los terceros implicados de hacer determinar judicialmente, en el curso del procedimiento, sus derechos patrimoniales en una audiencia accesoria, sin jurado⁽⁹³⁾. Un tercero implicado mantiene sus derechos si puede probar que 1/ tenía un interés en el bien legalmente definido en el momento de la comisión de la infracción; 2/ era un adquirente de buena fe y 3/ no tenía razón para pensar que el bien era objeto de una confiscación en el momento en el que lo adquirió.

III. Epílogo y conclusión

En los Estados Unidos, en el marco de la lucha contra la criminalidad relativa a las drogas y al crimen organizado, se ha elaborado una legislación en materia de confiscación que reviste formas draconianas y que pone a dura prueba los conceptos básicos del Estado de Derecho. Es llamativo que estos conceptos legislativos se extienden a un vasto ámbito de protección económica. En la práctica, los órganos de protección han recibido competencias importantes y las instancias judiciales han hecho predominar, a consecuencia de la agitación política, la eficacia de la lucha contra la criminalidad sobre la protección jurídica. La lucha contra la criminalidad organizada, definida como un peligro inminente para la democracia, exige un poco menos del Estado de Derecho. Desde los años ochenta la *Supreme Court* ha formulado, en un cierto número de sentencias históricas (**Buena Vista, Austin, Good**), el umbral mínimo de protección de los derechos constitucionales y ha abierto así una brecha en la concepción política del Congreso y del Departamento de Justicia. La configuración de las sanciones de confiscación le ha obligado a hacer añicos la escisión entre sanciones civiles y sanciones penales y a declarar de aplicación los principios generales del Derecho penal también a las sanciones punitivas fuera del Derecho penal. El hecho de que la *Supreme Court* no haya trazado todavía esta línea, especialmente en el ámbito de aplicación de la *double jeopardy clause* por la combinación de sanciones penales y de la confiscación, ha conducido a una jurisprudencia disparatada en el seno de los tribunales. En 1996, dos *Courts of Appeals* llegaron a la conclusión de que la *double jeopardy clause* comprende, por la misma infracción, la imposición de una sanción penal y de una confiscación *in rem*. En el primer caso, la policía descubrió plantas de marihuana para el consumo personal cerca de la vivienda de Guy Ursery. La confiscación *in rem* de la vivienda, bajo el concepto de que 'facilitaba la producción y la distribución de drogas ilegales'⁽⁹⁴⁾, fue objeto de una transacción por una cuantía de 13.250 \$. Poco antes, también Ursery había sido sometido a un procedimiento penal por producción de marihuana⁽⁹⁵⁾ y condenado posteriormente a 63 meses de prisión. En el segundo caso, Charles Wesley Arlt y James Wrent fueron condenados respectivamente a prisión perpetua, a una multa de 250.000 \$ y a 5 años de prisión por colusión y ayuda a la producción de drogas sintéticas (21 USC § 846), colusión a la vista del blanqueo de instrumentos financieros (18 USC § 371) y de dinero (18 USC § 1956). Antes de que comenzara el proceso penal fueron sometidos también a una confiscación *in rem* de sus bienes sobre la base del 18 USC § 981(a)(1)(A) *money-laundering confiscation* y sobre la base del 21 USC § 881(a)(6) confiscación de drogas. La *Supreme Court* unió los dos casos paralelos. La importancia de esto fue claramente formulada por el Ministerio público antes de la sentencia: 'Este caso consolidado tiene implicaciones desastrosas, tanto para las autoridades punitivas del Estado federal como para las de los Estados y para el sistema judicial. Si la *Supreme Court* sigue la interpretación de 'punición' de las Sixth & Ninth Circuit Courts of Appeal, las autoridades sancionadoras perderán uno de sus instrumentos más preciados en la lucha contra la criminalidad'⁽⁹⁶⁾. La *Supreme Court* pretende en el caso **Ursery**, remitiendo a los casos **Various Items, Emerald Cut Stones** y **89 Firearms**, que su jurisprudencia en materia de confiscaciones *in rem* muestre una consistencia notable: 'La confiscación *in rem* es una sanción civil/administrativa, diferente de las sanciones potencialmente punitivas como las multas, y no

se puede calificar como sanción bajo la cláusula *ne bis in idem*. Sin embargo, con asombro de la *Supreme Court*, las dos *Courts of Appeals* han llegado a la conclusión, con base en las sentencias de la *Supreme Court* en los casos **Halper**, **Austin** y **Kurt Ranch**, de que las confiscaciones *in rem* 'constitutes punishment under the Double Jeopardy Clause'. La *Supreme Court* analiza de nuevo los casos **Halper**, **Austin** y **Kurt Ranch**. En el caso **Halper**, la decisión se limita a un caso muy específico de 'civil penalty' y es difícil imaginarse cómo el caso Halper podría ser de aplicación a la confiscación *in rem*: 'La confiscación civil/administrativa, al contrario de las multas civiles/administrativas, tiene un objetivo que va más allá de la compensación al gobierno. Aun cuando sea posible cuantificar el valor de los bienes confiscados, es virtualmente imposible cuantificar, siquiera de una manera aproximativa, los objetivos no punitivos de una confiscación civil/administrativa'. La *Supreme Court* decidió entonces que el test de proporcionalidad entre el peligro público y la sanción no se aplica a la confiscación *in rem*. A propósito de las multas fiscales en el caso **Kurt Ranch**, se planteaba, según la *Supreme Court*, una situación específica, puesto que la multa era tal que sólo podía ser impuesta en caso de comisión de una infracción y tras la detención, lo que indicaba que la multa había sido dictada 'más bien por una intención criminal y prohibitiva que por la preocupación de recaudar impuestos'. En lo que concierne al caso **Austin**, la *Supreme Court* dijo: 'El exceso según la octava enmienda no quiere decir que todas las confiscaciones sean tan punitivas que puedan ser consideradas como punitivas a la luz del *ne bis in idem*', pero igualmente 'the Excessive Fines Clause' de la octava enmienda 'es una previsión constitucional que no hemos entendido nunca como paralela o conectada con la *Double Jeopardy Clause* de la quinta enmienda'. La *Supreme Court* examinó a continuación los casos desde el ángulo de sus méritos y aplicó en la materia el doble test del caso **89 Firearms**: 1/ la intención del legislador y 2/ verificar si la sanción presenta un carácter punitivo tal que no se puede defender el carácter civil, pese a la intención del legislador. Esto significa que 'cuando 'la prueba más evidente' indica que una confiscación civil/administrativa es 'tan punitiva o que por su objetivo o por su efecto' equivale a un procedimiento criminal, esta confiscación puede ser sometida a la protección del principio *ne bis in idem*'. En el caso, la *Supreme Court* decidió que la intención del legislador era claramente prever sanciones civiles y no sanciones penales. Además no hay más que 'little evidence, much less the "clearest proof"' bajo el segundo criterio. La *Supreme Court* utilizó en la materia el curioso razonamiento según el cual la confiscación *in rem* sirve, junto a objetivos punitivos ciertos, también a importantes objetivos no punitivos. El hecho de que las confiscaciones estuvieran conectadas a una infracción y que la legislación previera una cláusula relativa al 'innocent owner' no fue suficiente para convencer a la *Supreme Court* de la 'clearest proof'.

Sólo el juez Stevens formuló un voto particular, aunque de gran peso: 'La distinción pedante entre la confiscación *in rem* e *in personam* al fin y al cabo no es más que una cobertura para ocultar la motivación real de la Corte: la idea de que la propiedad, y no el propietario, es 'sancionada' por los delitos de los cuales él es culpable (...). Como hemos reconocido por unanimidad en el caso Halper, las distinciones formalistas que oscurecen las consecuencias prácticas de los procedimientos del ejecutivo no están al servicio de los intereses humanos protegidos por la *Double Jeopardy Clause*'. El juez Stevens acepta muy difícilmente la confiscación de la vivienda. Hemos elaborado, en los casos **Halper**, **Austin** y **Kurt Ranch**, una protección jurídica, avanza, sobre la base de la distinción entre 'remedial/punitive'. Por esta vía ha sido posible aplicar las mismas reglas a las 'civil penalties, civil forfeitures, and taxes', sin recaer en las etiquetas 'civil/criminal'. Stevens también defiende la idea según la cual la *double jeopardy clause* forma parte de la misma enmienda que prevé una 'self-incrimination' y que entonces también debe ser interpretada en el mismo sentido.

En resumen, la *Supreme Court* no aprovecha la oportunidad de extender su rica jurisprudencia relativa a la protección jurídica en caso de sanción punitiva también al principio *ne bis in idem*. Es todavía más inquietante que la *Supreme Court* recurra en la materia a razonamientos clásicos como la 'guilty property' y pase muy fácilmente al lado de las condiciones esenciales de protección jurídica que ella misma ha elaborado en los casos **Buena Vista**, **Austin** y **Good**. Esto plantea la cuestión relativa a los pasos futuros que la *Supreme Court* emprenderá en relación con el tratamiento de las sanciones de confiscación. En todo caso, es una razón suficiente a los ojos de muchos juristas y de organizaciones interesadas para hablar en favor de una reforma radical de la configuración jurídica de las sanciones de confiscación. Las líneas principales en la materia son: 1/ la eliminación de la confiscación *in rem* por la elaboración de un sistema de confiscación en el que sean de aplicación las reglas de la confiscación penal; 2/ que la confiscación de beneficios sea sólo posible después de que el poseedor haya sido condenado penalmente, a no ser que el autor se encuentre huido; 3/ que la carga de la prueba recaiga enteramente sobre la autoridad; 4/ que las ganancias beneficien a la

Hacienda nacional general y no a los órganos de protección y 5/ que se elabore un sistema relativo a la responsabilidad de la autoridad en este ámbito. Cabe preguntarse si la agenda política será sensible en este punto. Parece pues que la *Supreme Court* continuará jugando un papel muy importante en la materia.

Para terminar, es impresionante ver cómo un análisis de la protección jurídica en materia de sanciones de confiscación por la vía de la configuración jurídica de los Estados Unidos suministra no sólo una muestra de la *Bill of Rights*, sino que también aborda cuestiones jurídicas fundamentales que, cosa asombrosa, van en el mismo sentido que las cuestiones jurídicas fundamentales que son abordadas en la Comm. eur. D. H. y en la Corte eur. D. H. de Estrasburgo. En efecto, se ha suministrado un ejemplo por excelencia sobre la cuestión de la protección jurídica aplicable respecto de las sanciones punitivas, con independencia de la repartición formal entre Derecho privado, Derecho administrativo, Derecho penal (art. 6 y 7 CEDH). Sin embargo, la diferencia estriba en el hecho de que en Europa esta discusión todavía no se ha planteado realmente en el ámbito de las sanciones de confiscación⁽⁹⁷⁾. Esto se encuentra unido en parte al hecho de que, en los países europeos, la extensión de las confiscaciones a los beneficios de las infracciones es de fecha reciente. Por otro lado, es impresionante que la Comm. eur. D. H. no sea todavía realmente consciente del carácter punitivo de las sanciones de confiscación consecuencia de las violaciones punibles del Derecho. Por ejemplo, es singular que haya sido declarada inadmisibile en 1991 por la Comisión Europea una demanda de evaluación, en relación con los artículos 6 y 7 CEDH y con el artículo 1º del Protocolo nº 1, de las medidas italianas de prevención que son comparables a la reglamentación RICO y que contienen sanciones graves de confiscación para quien es sospechoso de infracciones mafiosas. Las opiniones disidentes, a saber las de Martens y Russo, en relación con la reciente sentencia de la Corte eur. D. H. en el caso **Air Canada**⁽⁹⁸⁾, contienen igualmente de forma clara un alegato en favor de una protección jurídica razonable respecto de la imposición de sanciones de confiscación derivadas de violaciones punibles del Derecho, con independencia del hecho de que revistan una configuración jurídica en el Derecho privado, en el Derecho administrativo o en el Derecho penal. A la vista de la legislación en expansión en el ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada y los nuevos instrumentos de protección que aparecen, en gran parte inspirados por los avances habidos en los Estados Unidos, es el gran momento para que la Comm. eur. D. H. y la Corte eur. D. H. se hagan cargo de esta materia. Aun cuando la jurisprudencia de la *Supreme Court* no es siempre satisfactoria en todos los puntos, constituye indiscutiblemente una interesante fuente de inspiración.

Notas:

(*)Este artículo constituye la traducción de un texto publicado en holandés en la revista *Delikt en Delinkwent*, 1997. La investigación ha podido llevarse a cabo gracias a una estancia de investigación en la *American University* de Washington, en el marco de una ayuda del CNRS de los Países Bajos (NWO). Las traducciones de las citas son responsabilidad del autor.

(**)Traducción del francés de Isidoro Blanco Cordero, Doctor en Derecho y Becario del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

1. Al lado de esto, se han creado nuevas incriminaciones y, a nivel de los elementos constitutivos, se han ampliado los elementos objetivos, restringido los elementos subjetivos y aumentado la cuantía de la pena. Los órganos de protección también han recibido nuevas competencias para la investigación (investigación proactiva).
2. Utilizo a sabiendas los términos generales embargo y confiscación, porque las denominaciones varían de un país a otro. Es clásica la distinción entre embargo-confiscación del instrumento con el que se ha cometido el delito (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objectum sceleris*) y de los beneficios del delito (*productum sceleris*). Esta división presenta un valor relativo, las fronteras no son siempre tan nítidas.
3. En efecto, se puede hacer un paralelismo con la extensión de otras formas de sanción, tales como las multas administrativas (*civil penalties*) que son impuestas en los Estados Unidos por el juez civil, o que en el continente europeo, y también cada vez más en los Estados Unidos, son impuestas por la propia administración.
4. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena, 1988.
5. Convención sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los beneficios económicos derivados del delito, Estrasburgo, 1990.
6. Directiva 91/308 sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DOCE 1991, L 166.
7. Ver J. A. E. Vervaele, Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1988, nr. 1.
8. No me dedicaré aquí a los aspectos de Derecho internacional de esta problemática. Como se sabe, los Estados Unidos utilizan un enfoque de jurisdicción de mucha influencia. Véanse las contribuciones en R.D. Atkins, *The alleged transnational criminal*, Dordrecht, 1995.
9. La distinción 'civil-criminal' en el Derecho anglosajón es engañosa, ya que 'civil' acoge también a las sanciones administrativas impuestas por la propia administración o solicitadas ante el juez civil.

10. El procedimiento *in rem* conoce tres formas: 'things guilty, things hostile, things indebt'. 'Things guilty' indica la conexión con la infracción inicial y es el único procedimiento en el curso del cual se incide sobre los derechos patrimoniales derivados de la infracción.
11. Traduzco 'civil confiscation' por civil/administrativo, a la vista de que la noción 'civil' incluye en el *common law* tanto las sanciones impuestas por el juez civil como las impuestas por la autoridad administrativa.
12. En los Estados Unidos existen un buen número de servicios independientes de la autoridad encargados de la reglamentación y de la protección en un sector de la política. Ejemplos de *regulatory agencies* dotadas de una competencia de protección (*enforcement agencies*) son : *Environmental Protection Agency* (EPA), *Food and Drug Administration* (FDA), *the Securities and Exchange Commission* (SEC) y *Financial Crime Enforcement Network* (FinCEN). Sus competencias de protección no se limitan al inicio de investigaciones, sino que también tienen un derecho de demanda ante el juez y en un cierto número de casos también una competencia sancionadora independiente (imposición de multas administrativas y de sanciones de confiscación). En el seno de las agencias trabajan jueces administrativos y miembros del Ministerio fiscal.
13. Las disposiciones del Derecho aduanero, 19 USC §§ 1602-1621, se declaran de aplicación en esta materia. Sin embargo, su alcance es más amplio que el del contrabando aduanero. Muchos reglamentos, como por ejemplo las partes de la legislación en materia ambiental, así lo indican.
14. 31 USC § 5312(a)(3) (*Bank Secrecy Act*).
15. Organized Crime Control Act 1970, 18 USC §§ 1961-1968.
16. Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act 1970, 21 USC §§ 848-853.
17. 18 USC §§ 981-982, que también son de aplicación a la 'Financial Institutions Reform, Recovery, and Enforcement Act' (FIRREA). La FIRREA ha salido a la luz como reacción a los numerosos escándalos en el mundo financiero.
18. 18 USC §§ 1956-1957 & 1960.
19. D. J. Frie, Rationalizing criminal forfeiture, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 328-436.
20. G. M. Maveal, The unemployed criminal alternative in the civil war of drug forfeitures, *American Criminal Law Review*, vol. 30:35, 35-96.
21. 21 USC § 881.
22. Este concepto se interpreta de manera tan amplia por los tribunales que desemboca en una confiscación de valores.
23. 21 USC § 853 (a) (1): 'any property constituting, or derived from, any proceeds the person obtained, directly or indirectly, as the result of such violation'.
24. 21 USC § 853 (a) (2): 'any of the person's property used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, such violation'.
25. 21 USC § 853 (a) (3) exige una condena sobre la base del 21 USC 848, siendo la asociación criminal: '(...) the person shall forfeit, in addition to any property described in paragraph (1) or (2), any of his interest in, claims against, and property or contractual rights affording a source of control over, the continuing criminal enterprise'.
26. 21 USC § 853 (p): 'Missing property or property diminished in value. If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence; (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty; the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in paragraphs (1) through (5)'.
27. 18 USC §§ 1961-1968.
28. N. Jörg, De afbouw van het accusatoire karakter van het Amerikaanse strafrecht onder invloed van de RICO-wet van 1970, *Delikt en Delinkwent*, 1984, 852-866.
29. 21 USC § 1962.
30. Ver 21 USC § 1961 para las 'predicate offenses'.
31. Ver los casos US c. Turkette, 452 US 576 (1981) y Russello c. US, 464 US 16 (1983).
32. Department of Justice Manual, hojas móviles, 9-110.200 (9-2131).
33. 18 USC § 1963.
34. 18 USC 1963(m): 'If any of the property in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant (1) cannot be located upon the exercise of due diligence, (2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party; (3) has been placed beyond the jurisdiction of the court; (4) has been substantially diminished in value; or (5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in pars. (1) through (5)'. Este es similar al 21 USC § 853 en el ámbito de las drogas.
35. 18 USC § 1963 (a): 'whoever violates any provision of § 1962 (...) shall forfeit (...) any interest the person has acquired or maintained in violation of § 1962; (2) any (A) interest in; (B) security of; (C) claims against; or (D) property or contractual right of any kind affording a source of influence over any enterprise which the person has established, operated, controlled, obtained, directly or indirectly, from racketeering activity or unlawful debt collection in violation of § 1962'. Este es similar al 21 USC § 853 (a)(3) en el ámbito de las drogas.
36. A proposal to reform criminal forfeiture under RICO and CCE, 97 Harv. L. Rev. 1929 (1984).
37. R. Banoun & R. G. White, U. S. Money laundering and forfeiture laws and their impact on innocent third parties, in R. D. Atkins, o. C., 219.
38. 31 USC §§ 5313, 5316 y 5324.
39. 21 USC § 982 b (s).
40. 18 USC § 1960.
41. 18 USC § 981 (a) (1) (C), (D) y (E).
42. 18 USC § 982 (a) (2), (3) y (4).
43. En este caso, las directrices determinan que en el momento de la segunda confiscación, debe ser tenida en cuenta la primera.
44. También debe relativizarse este punto ya que la jurisprudencia se encuentra dividida en lo que se refiere a la carga de la prueba. Algunos tribunales parten de la idea de que la confiscación no forma parte de la propia incriminación, por la cual se exige una '*beyond reasonable doubt*', pero constituye una parte de la sanción para la cual es suficiente una prueba sobre la base de la '*preponderance of evidence*'. Véase el comentario al 21 USC § 853 en Lexis/Nexis.
45. Por otra parte, es sorprendente que la *Drug Trafficking Offences Act* 1986 inglesa, que no recoge la confiscación penal, prevea sin embargo en la sección 1(7A) un '*standard of proof*' civil para determinar si una persona ha obtenido beneficios del tráfico de drogas.
46. La '*probable cause*' se define como '*a reasonable belief, supported by facts and circumstances*' (cargos graves). La autoridad puede probar la '*probable cause*' no sólo mediante una prueba directa sino también mediante una '*circumstantial evidence*', una '*hearsay evidence*' (informaciones procedentes de informadores, por ejemplo) y por los atestados. Al contrario que la confiscación, a las multas civiles se les aplica el régimen de prueba más estricto de la '*preponderance of evidence*'.
47. United States v. One Assortment of 89 Firearms, 465 US 354, 362, (1984). Ver también: United States v. Santoro, 866 F. 2d 1538 (4th Cir. 1989) y United States v. \$ 250,000 in U.S. Currency, 808 F. 2d 895 (1st Cir. 1987).

48. J. C. Klotter & J. R. Kanovitz, Constitutional law, Cincinnati, 1994 y S. L. Emanuel, Constitutional law, New York, 1995.
49. La *Supreme Court* sólo acepta el 1% de los recursos de apelación (certiorari).
50. Mediante esta actitud la protección constitucional resulta mejor garantizada en cierto número de Estados que a nivel federal. Ello está en contradicción con la evolución histórica de la decimocuarta enmienda; se habla de '*new federalisation*'.
51. En este ámbito, es importante el extracto siguiente: '*No state shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*'.
52. Fundada en el caso *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961).
53. Los siguientes derechos constitucionales son desde entonces obligatorios para los Estados: se excluye la prueba obtenida por una pesquisa o embargo ilegal (4ª enmienda); protección contra las penas crueles e inhumanas (8ª enmienda); derecho a la defensa (6ª enmienda); derecho a no declarar contra sí mismo (5ª enmienda); derecho a la confrontación (6ª enmienda); derecho a un proceso en un plazo razonable (6ª enmienda); derecho a la audiencia de testigos (6ª enmienda); derecho a un proceso con jurado (6ª enmienda) y principio *ne bis in idem* (5ª enmienda).
54. 78 U. S. (11 Wall.) 268 (1870).
55. *Idem*, 343.
56. 116 U. S. 616 (1886).
57. *Idem*, 634.
58. Esto se ha visto confirmado en el 401 US 715 (1971), *United States c. United States Coin & Currency*.
59. 380 U.S. 693, 696 (1965). Se trata de un caso a nivel del Estado en el seno del cual la 5ª enmienda es de aplicación por la vía de la 14ª enmienda.
60. La *exclusionary rule* se ubica por la jurisprudencia en la primera parte de la 4ª enmienda: 'The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated'.
61. *De United States v. \$ 37,780 in United States Currency*, 920 F.2d 159, 163 (2d Cir. 1990).
62. 'No person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb'.
63. *Various items of personal property et al. v. US*, 282 US 577 (1931).
64. *One lot emerald cut stones and one ring v. US*, 409 US 232 (1972).
65. *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354, 362 (1984).
66. 490 U.S. 435 (1989).
67. Para la cuestión de saber si esto es también de aplicación a la confiscación civil, véase 3, epílogo y conclusión.
68. *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 US 767 (1994).
69. Ver por ejemplo 387 US 523 (1967), *Camara v. Municipal Court of the City and Country of San Francisco*.
70. 'No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without the due process of law'.
71. 407 US 67 (1972)
72. T. G. Reed, On the importance of being civil: constitutional limitations on civil forfeiture, 39 N.Y.L. Sch. L. Rev. 255 (1994) y H. M. Kemp, Presumed guilty: when the war on drugs becomes a war on the constitution, 14 Quinnipiac L. Rev. 272 (1994).
73. 510 U.S. 43 (1993).
74. Basado en 21 U.S.C. § 881(a)(7): 'property has been used to commit or facilitate the commission of a federal drug offense'.
75. 509 U.S. 544 (1993).
76. RICO conoce solamente la confiscación penal, fundada sobre el 18 U.S.C. de 1963.
77. 'Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted'.
78. 509 US 602 (1993).
79. Con base en el 21 USC 881(a)(4) y (a)(7).
80. En 516 US(1995), *Libretti v. United States*, que se refiere a la equivalencia penal de la confiscación civil en el caso *Austin* (21 USC § 853), la *Supreme Court* establece que '*the fundamental nature of criminal forfeiture is punishment*'.
81. DOJ Asset Forfeiture Manual.
82. Un análisis puede verse en J. Gurule, 21 J. Legis. 155 (1955).
83. 21 USC § 881(a)(6).
84. 21 USC §§ 881(a)(4) y (a)(7).
85. R. M. Sacket, The impact of *Austin v. United States*: extending constitutional protections to claimants in civil forfeiture proceedings, 24 Golden Gate U.L. Rev. 495 (1994); J. B. Harrington, *Austin v. US*: forfeiture and punishment and the implications for warrantless seizures, 4 B.U: Pub. Int. L.J. 415 (1995) y L. Larose, *Austin v. US*: applicability of the eight amendment to civil in rem forfeitures, 29 New Eng. L. Rev. 729 (1995).
86. Véase por ejemplo M.P. Harrington, Rethinking in rem: *the Supreme Court's new (and misguided) approach to civil forfeiture*, 12 *Yale L. & Pol'y Rev.* 281 (1994), que critica a la *Supreme Court* por maltratar el carácter jurídico de la confiscación civil *in rem*. Personalmente opino que el responsable es el propio legislador y que la *Supreme Court* no ha tenido otra solución.
87. 18 USC § 981(a)(2) (blanqueo de capitales y FIRREA).
88. 21 USC § 881(a)(6) y (7) sobre la confiscación de las ganancias procedentes del tráfico de drogas y de bienes utilizados para cometer los delitos relativos a las drogas.
89. 21 USC § 881(a)(C) sobre la confiscación de todos los instrumentos que son utilizados para transportar las drogas, negociar con ellas, distribuirlas, etc.
90. R. Banoun & R. G. White, Asset forfeiture and its impact on innocent third parties, *Business Laws*, 1994, 133.
91. 507 U.S. 111 (1993).
92. Con base en el 21 USC 881(a)(6).
93. Ver 18 USC § 1963 (C); 21 USC § 853 (c) y 18 USC § 982 (b)(1).
94. 21 USC § 881(a)(7).
95. 21 USC § 841(a)(1).
96. NAAG, Financial Crimes Report, 1996/1,1.
97. Ver J. A. E. Vervaele, Les sanctions de confiscation en droit pénal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1987 (en prensa).

98. J. A. E. Vervaele, o. c.