

## **Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías \***

**Teresa Aguado-Correa**

*Universidad de Sevilla*

---

AGUADO-CORREA, TERESA. Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-34, pp. 1-49.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-34.pdf>

RESUMEN: En este trabajo nos ocupamos de la regulación del embargo y decomiso contemplada en la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos (arts. 11 a 16 PD). Para llevar a cabo dicho estudio partimos del Informe la Comisión de 2020 titulado “Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso” en el que se evaluó la Directiva 2014/42/UE, para luego centrarnos en el análisis detallado de los artículos en los que se regula el embargo (art. 11PD) y las distintas modalidades de decomiso (arts. 12 a 16 PD), prestándole una especial atención al estudio de la regulación de la nueva modalidad de decomiso de patrimonio no explicado (art. 16 PD), no sólo en el texto de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión en mayo de 2022 sino también en la orientación general aprobada por el Consejo en junio de 2023. Previamente abordamos los cambios que afectan al objeto (art. 1) y ámbito de aplicación (art. 2) de la propuesta de Directiva.

PALABRAS CLAVE: recuperación de activos, decomiso, embargo, patrimonio no explicado, garantías.

**TITLE: Freezing and confiscation in the proposed Directive on asset recovery and confiscation: ensure that crime does not pay at the cost of guarantees**

ABSTRACT: In this work, we deal with the regulation of freezing and confiscation contemplated in the proposed Directive on asset recovery and confiscation (arts. 11 to 16 PD). To carry out this study, we start from the 2020 Commission Report entitled “Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime is not profitable” in which Directive 2014/42/EU was evaluated, and then focus on the detailed analysis of the articles that regulate freezing (art. 11PD) and the different types of confiscation (arts. 12 to 16 PD), paying special attention to the study of the regulation of the new modality of confiscation of unexplained wealth (art.16 PD), not only in the text of the proposal for a Directive presented by the Commission in May 2022 but also in the general orientation approved by the Council in June 2023. We previously addressed the changes that affect the subject matter (art. 1) and scope (art. 2) of the proposed Directive.

KEYWORDS: asset recovery, confiscation, freezing, unexplained wealth, safeguards.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2023

Fecha de publicación en RECPC: 30 diciembre 2023

Contacto: [taguado@us.es](mailto:taguado@us.es).

*SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos III. Ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos IV. Regulación de las medidas de embargo. V. Regulación de las modalidades de decomiso. 1. Decomiso. 2. Decomiso de bienes de terceros. 3. Decomiso ampliado. 4. Decomiso no basado en sentencia condenatoria. 5. Decomiso de patrimonio no explicado. 5.1. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas. 5.2. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos. VI. Reflexiones finales. Bibliografía.*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Criminalidad organizada transnacional y empresas multinacionales ante las vulneraciones a los derechos humanos”, PID-2020-117403RB-100, Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España; y del Proyecto RECOVER “*Crime doesn’t pay*” – JUST-2022-JCOO – GA no. 101091375, cofinanciado por la Unión Europea.

## I. Introducción

A pesar del esfuerzo normativo desarrollado en los últimos años en la Unión Europea para reforzar el marco legislativo en materia de recuperación y decomiso de activos, y a la vista de su estrepitoso fracaso<sup>1</sup>, la Comisión Europea adoptó, por fin, una propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos<sup>2</sup>. Y es que, por increíble que parezca, desde que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la vigente Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (en adelante Directiva 2014/42/UE)<sup>3</sup>, ya solicitaron a la Comisión en su Declaración conjunta con motivo de su adopción, «analizar, lo antes posible y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la viabilidad y las posibles ventajas de introducir normas comunes adicionales relativas al decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas, incluso en ausencia de condena de una o varias personas concretas por tales actividades»<sup>4</sup>.

La respuesta de la Comisión a la petición de los legisladores tuvo lugar, en plena pandemia, a través del Informe titulado “Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito resulte provechoso” (en adelante Informe de 2020)<sup>5</sup>. Dada la acuciante necesidad de reforzar el marco vigente de la recuperación y decomiso en la Unión, necesidad que se vio incrementada tanto por la pandemia de la COVID-19 como por la agresión de guerra de Rusia a Ucrania, el 25 de mayo de 2022, la Comisión presentó, diez años después de la primera propuesta de Directiva de 2012, la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, de la que nos ocuparemos en este trabajo<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sobre los posibles factores de este fracaso, AGUADO-CORREA, 2021, pp. 187 y ss.

<sup>2</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos [COM (2022) 245 final de 25.5.2022, p. 8].

<sup>3</sup> DO L 127 de 29.4.2014, p. 39.

<sup>4</sup> Doc. del Consejo 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>5</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso [COM (2020) 217 final de 2 de junio de 2020], p. 4.

<sup>6</sup> Sobre la propuesta de Directiva de 2022 vid. GARRIDO CARRILLO, 2023, pp. 311 y ss.; FARTO PYAI, 2023, pp. 60 y ss.

A través de la misma, se pretende reforzar la capacidad de las autoridades competentes para privar a los delincuentes de los ingresos procedentes de actividades delictivas. Para ello, y a diferencia de la PD de 2012, se establecen normas para reforzar todas y cada una de las cinco fases de la recuperación de activos -identificación y seguimiento de los activos adquiridos ilegalmente; embargo e incautación de los activos con vistas a su posible decomiso posterior; administración de los activos embargados e incautados para conservar su valor; decomiso de los activos adquiridos ilegalmente; enajenación de los activos decomisados, lo que puede incluir su reutilización con fines públicos o sociales<sup>7</sup>- con el fin de mejorar la “eficiencia global del sistema de recuperación de activos” (considerando 5 PD). Y por ello, en esta ocasión, el CESE, a diferencia de cuando se pronunció sobre la propuesta de Directiva de 2012, ha concluido que “La Directiva propuesta responde correctamente a la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos de decomiso, refuerza las competencias de las autoridades nacionales y establece mecanismos de cooperación transfronteriza para aumentar el índice de recuperación de activos”<sup>8</sup>.

Por otra parte, debe tenerse presente que en el mismo día en el que la Comisión adoptó la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, también presentó al Parlamento Europeo y al Consejo la Comunicación titulada “Hacia una Directiva sobre sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión”<sup>9</sup>, a la vez que la propuesta de Decisión del Consejo por la que se añade la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión a los ámbitos delictivos establecidos en el artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>, la cual fue finalmente aprobada el día 28 de noviembre de 2022<sup>11</sup>. Tras la inclusión de este nuevo eurodelito en el art. 83, apartado 1 TFUE, la Comisión adoptó el día 2 de diciembre de 2022 la propuesta de Directiva por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la

<sup>7</sup> Estas cinco fases son las recogidas en el Informe de 2020, COM (2020) 217, p. 2. Sobre el uso de la expresión “recuperación de activos” en un sentido amplio y estricto y las etapas, CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 29 y ss.

<sup>8</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación de activos, DO C100, de 16.3.2023, p. 105.

<sup>9</sup> Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Hacia una Directiva sobre sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión”, COM (2022) 249 final de 25.5.2022 y su Anexo.

<sup>10</sup> Comisión Europea, Propuesta de Decisión del Consejo por la que se añade la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión a los ámbitos delictivos establecidos en el artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [COM (2022) 247 final, de 25.5.2022].

<sup>11</sup> Decisión (UE) 2022/2332 del Consejo, de 28 de noviembre de 2022, relativa a la identificación de la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión como ámbito delictivo que cumple los criterios especificados en el art. 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DO L 308/18, 29.11.2022. En el momento de publicarse en el DO aún no se había publicado la aprobación del Parlamento Europeo, publicación que tuvo lugar en el DO C 47/296, 7.2.2023. Dinamarca no ha participado en la adopción de la Decisión ni queda sujeta a su aplicación (considerando 22); por el contrario, Irlanda notificó su deseo de participar en la adopción y aplicación de la Decisión (considerando 23).

Unión<sup>12</sup>, propuesta de Directiva íntimamente relacionada con la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, como tendremos ocasión de ver a lo largo del trabajo.

La propuesta de Directiva consta de cincuenta y un considerandos y treinta y siete artículos, divididos en ocho capítulos: capítulo I. “Disposiciones generales” (arts. 1 a 3 PD); capítulo II. “Seguimiento e identificación de activos” (arts. 4 a 10 PD); capítulo III. “Embargo y decomiso”; capítulo IV. “Gestión” (arts. 19 a 21 PD); capítulo V. “Garantías” (arts. 22 y 23 PD); capítulo VI “Marco estratégico de recuperación de activos” (arts. 24 a 27 PD); capítulo VII “Cooperación” (arts. 28 y 29 PD); capítulo VIII “Disposiciones finales” (arts. 30 a 37). Por razones de espacio, nos centraremos en las novedades de la regulación del embargo y decomiso contempladas en el Capítulo III de la propuesta de Directiva; ello sin perjuicio de que a lo largo del trabajo podamos ocuparnos de otras disposiciones de la misma relacionadas con otras cuestiones, y, en particular, la relacionadas con su objeto y ámbito de aplicación, pues consideramos que nos permiten valorar mejor el calado de la reforma propuesta. A lo largo del trabajo analizaremos no sólo el texto presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sino también las modificaciones de éste aprobadas en el seno del Consejo de la Unión Europea celebrado el pasado 9 de junio de 2023, plasmadas en su orientación general sobre la citada propuesta de Directiva, y que constituye el mandato para las negociaciones con el Parlamento Europeo en el contexto del procedimiento legislativo ordinario<sup>13</sup>.

## II. Objeto de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos

El objeto de la propuesta de Directiva se contempla en el art. 1 en los siguientes términos: “1. La presente Directiva establece normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal. 2. La presente Directiva establece asimismo normas a fin de facilitar la aplicación efectiva de medidas restrictivas de la Unión y la posterior

<sup>12</sup> Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, COM (2022) 684 de 2.12.2022.

<sup>13</sup> Consejo de la Unión Europea, Documento 10347/23, 9 June 2023, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil%3AST\\_10347\\_2023\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil%3AST_10347_2023_INIT). Tras la presentación de la PD, el Grupo “Cooperación judicial en Materia Penal (COPEN) inició su estudio durante la Presidencia francesa del Consejo, el cual prosiguió durante las Presidencias checa y sueca. Fue durante la presidencia sueca cuando tuvieron lugar los debates más intensos sobre los preceptos en los que se regula el decomiso de patrimonio no explicado (art. 16 PD) y los recursos (art. 23 PD). Durante los mismos, si bien las delegaciones manifestaron su acuerdo con el fondo de las disposiciones, tal y como figuran en la propuesta de Directiva de la Comisión, consideraron que debían incluirse algunos ajustes en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales y dar cabida a algunas peticiones de carácter técnico. Vid. Documento 9314/23, Bruselas, 22 de mayo de 2023, en su versión española. A lo largo de este trabajo vamos a utilizar la traducción contemplada el Documento 9314/23, al no haber sufrido cambios el texto final que se aprobó en la observación general (original en inglés) Documento 10347/23, de 9 de junio de 2023.

recuperación de los bienes relacionados con delitos cuando sea necesario para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión”.

A simple vista, se puede comprobar que el objeto de la propuesta de Directiva es más amplio que el objeto de la Directiva 2014/42/UE, afectando dicha ampliación a varios aspectos de gran relevancia para reforzar y garantizar el régimen de recuperación de activos en la UE. En primer lugar, el objeto de la propuesta de Directiva es establecer normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes, es decir sobre todas las fases del proceso de recuperación de activos, tal y como avanzamos en la introducción; mientras que las normas mínimas previstas en la Directiva 2014/42/UE, sólo afectan a las fases de embargo y decomiso. En segundo lugar, en tanto que en el art. 1.1. Directiva 2014/42/UE, se prevé que el objeto de la Directiva es establecer normas mínimas sobre embargo y decomiso de “bienes en el ámbito penal”<sup>14</sup>; en el art. 1.1 PD, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.1 Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones embargo y decomiso<sup>15</sup>, se dispone que las normas previstas se van a aplicar a los bienes “en el marco de un procedimiento en materia penal”. Al establecer el objeto del art. 1 Reglamento (UE) 2018/1805, en vigor desde el 19 de diciembre de 2020, los legisladores europeos, ya utilizaron el concepto autónomo del Derecho de la Unión “procedimiento en materia penal”, concepto que “comprende, por tanto, todos los tipos de resoluciones de embargo y de resoluciones de decomiso dictadas en un procedimiento relativo a la infracción penal, no solo las contempladas en la Directiva 2014/42/UE. Comprende también otros tipos de resoluciones dictadas sin condena firme. Aunque este tipo de resoluciones no exista en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, el Estado miembro de que se trate debe poder reconocer y ejecutar la resolución dictada por otro Estado miembro. Los procedimientos en materia penal pueden incluir también investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley” (considerando 13 Reglamento). Aun cuando pudiera parecer que al establecer el objeto de la propuesta de Directiva Comisión ha optado por una terminología distinta sin mayores repercusiones, este cambio reviste gran importancia, puesto que al decantarse la Comisión por el uso de este concepto autónomo del Derecho de la Unión, además de favorecer el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso, comprende todos los tipos de resoluciones dictadas tras un procedimiento relativo a una infracción penal, además

<sup>14</sup> En la propuesta de Directiva de 2012, la Comisión utilizó la expresión en “asuntos penales” que finalmente se cambió por “en el ámbito penal”. En su Dictamen sobre la PD de 2012, DO C 299 de 4.10.2012, p. 130, apartado 4.1, el CESE propuso la sustitución de la expresión “asuntos penales” por la de “resultante de infracciones penales”.

<sup>15</sup> DO L 303 de 28.11.2018, p. 1. Sobre este Reglamento, vid. AGUADO-CORREA, 2022.



de las resoluciones dictadas sin sentencia condenatoria firme, e incluso investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley (considerando 5 PD). No obstante, el Consejo ha suprimido este extracto del considerando 5 y lo ha sustituido por una declaración más genérica: “La Directiva se entiende sin perjuicio de los procedimientos que los Estados miembros puedan utilizar para embargar y decomisar los bienes”.

Tampoco podemos pasar por alto que la Comisión ha prescindido de la aclaración contemplada en el vigente art. 1. Directiva 2014/42/UE sobre la irrelevancia de los procedimientos que puedan utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate<sup>16</sup>, supresión que podría venir motivada por la inclusión de la expresión “procedimiento en materia penal” y la interpretación que de la misma ha realizado el TJUE. No obstante, hemos detectado que en determinadas ocasiones aún se utiliza la expresión “proceso penal”. Así ocurre en los considerandos 3 y 27 PD y en el apartado 1 del art. 4 PD (Investigaciones de seguimientos de activos) y en el apartado 2 del 28 PD “Cooperación con los organismos y agencias de la UE”. Y aun cuando en el texto propuesto por el Consejo se ha sustituido la expresión “procedimiento penal” por la de “procedimiento en materia penal”, en el art. 4, apartado 1 y en el art. 28, apartado 2 PD, seguimos encontrando referencias al “procedimiento penal” en los considerandos 3 y 27.

Cabe destacar que, en el texto aprobado por el Consejo, se ha rescatado la expresión “sin perjuicio de los procedimientos que puedan utilizar los Estados miembros para decomisar”, ampliando esta aclaración también al embargo, quedando redactado el art. 1 PD en la orientación general del Consejo en los siguientes términos: “1. La presente Directiva establece normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal. Estas disposiciones se entienden sin perjuicio de los procedimientos que los Estados miembros puedan utilizar para embargar y decomisar los bienes de que se trate. La presente Directiva se aplica sin perjuicio de las medidas de embargo y decomiso en el marco de procedimientos en asuntos civiles y o administrativos”. Esta última aclaración debe ponerse en relación no sólo con la interpretación del concepto “procedimiento en materia penal” recogida en el considerando 13 del Reglamento, sino con lo dispuesto expresamente en el apartado 4 del art. 1. del Reglamento (UE) 2018/1805, en el que se dispone que las resoluciones de embargo y las resoluciones de decomiso dictadas en el marco de procedimientos civiles o administrativos deben quedar excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento.

Por último, queremos poner de relieve la novedosa ampliación el objeto de la futura Directiva contemplada en el apartado 2 del art.1 PD, apartado que si bien ha sido suprimido en el texto aprobado por el Consejo este apartado 2 del art. 1, esta

<sup>16</sup> En el apartado 2 de la Directiva 2014/42/UE se aclara que “La presente Directiva se entiende sin perjuicio de los procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate”.

modificación no implica que las normas de la futura Directiva no se vayan a aplicar las infracciones de medidas restrictivas de la Unión, sino que el Consejo ha optado por suprimir las numerosas referencias explícitas a estas infracciones que encontramos a lo largo del texto de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, y se ha decantado por incluir una nueva letra p) en el art. 2.1 PD, dedicado al ámbito de aplicación de la Directiva, en la que se prevé su aplicación a la “Directiva (x) del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión”.

La Comisión ha justificado la ampliación del ámbito del objeto de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, por la “necesidad de intensificar los esfuerzos para garantizar la aplicación efectiva en toda la Unión de medidas restrictivas de la Unión tanto sectoriales como individuales”, pues aun cuando “no sean de carácter penal ni presupongan actividades delictivas para su imposición, las medidas restrictivas de la Unión también se basan en el embargo de fondos (es decir, en sanciones financieras específicas), y en medidas sectoriales, y, por tanto, les favorecerá el refuerzo de las capacidades de identificación y seguimiento de activos” (considerando 6). Con este fin, señala la Comisión, se deben establecer normas mínimas para mejorar la efectividad de la recuperación de activos que sean de propiedad o estén bajo el control de personas y entidades sujetas a tales medidas restrictivas, así como para favorecer una cooperación mayor entre los organismos de activos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las disposiciones de la propuesta de Directiva relacionadas con el embargo y el decomiso, en particular las contempladas en los capítulos III (Embargo y decomiso) y IV (Gestión), sólo se podrán aplicar cuando los bienes procedan de actividades delictivas, como el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión, ya que la propuesta de Directiva no regula el embargo de fondos y recursos económicos en virtud de medidas restrictivas de la Unión (considerando 6)<sup>17</sup>. No obstante, como acertadamente ha advertido el CESE, esta ampliación del objeto, en la medida en que no vaya acompañada de legislación y medidas adicionales sobre las infracciones de medidas restrictivas de la Unión, puede provocar el efecto contrario al deseado, y, en última instancia debilitar la capacidad de los organismos de recuperación de activos para cumplir su mandato central<sup>18</sup>. Por ello, y ante este peligro, el CESE solicitó a la Comisión que estudiase la manera de aplicar la Directiva propuesta a las infracciones de medidas restrictivas de la Unión, a la vez que consideró necesaria una legislación específica en este ámbito y concluye que la citada norma “debe permitir a los organismos de recuperación de activos reforzar sus capacidad de operar sin añadir competencias adicionales”<sup>19</sup>. Esperemos que estas

<sup>17</sup> Este considerando 6 se suprime en la orientación general del Consejo, en coherencia con la supresión del apartado 2 del art. 1 PD.

<sup>18</sup> DO C100 de 16.3.2023, p. 108, apartado 3.2.

<sup>19</sup> DO C100 de 16.3.2023, p. 105, apartado 1.3.

observaciones sean tenidas en cuenta por los colegisladores, aunque mucho nos tememos que no sea así.

### III. **Ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva sobre recuperación y decomiso de activos**

En el Informe de 2020 la Comisión puso de manifiesto que si bien la mayoría de los Estados miembros aplican el embargo y el decomiso a todos los delitos<sup>20</sup>, aún había margen de mejora para seguir avanzando en la recuperación de activos, lo que podría lograrse, entre otras medidas, con la ampliación del ámbito de aplicación de las infracciones penales a las que se aplica la Directiva 2014/42/UE (art. 3)<sup>21</sup>. Al respecto cabe recordar que en el art. 13, apartado 2 Directiva 2014/42/UE tan sólo se prevé que la Comisión debía evaluar si resultaba necesario revisar la lista de infracciones a las que se aplica el decomiso ampliado, por lo que la ampliación prevista en la propuesta de Directiva excede con creces de dicha previsión. Como vamos a tener ocasión de constatar, las disposiciones de la propuesta de Directiva, no sólo se centran en los activos ilícitos relacionados con las actividades delictivas por parte de la delincuencia organizada, sino que vienen a complementar una serie de instrumentos legislativos que armonizan la definición de algunos delitos y sus sanciones, así como otros instrumentos destinados a prevenir o combatir actividades ilícitas relacionadas con aquellas, tales como la falsificación, el tráfico de bienes culturales, los delitos fiscales y la falsificación de documentos administrativos<sup>22</sup>.

El ámbito de aplicación se regula en cinco apartados en el art. 2 PD: en tanto que en los primeros cuatro apartados se contemplan las infracciones penales a las que se aplicará la futura Directiva; en el último apartado (5), se prevé que las disposiciones sobre seguimiento e identificación de instrumentos y productos o bienes del Capítulo II (arts. 4 a 10 PD), se aplicarán a todas las “infracciones penales definidas en el Derecho nacional que lleven aparejadas una pena privativa de libertad o medida de seguridad de al menos un año”. Por consiguiente, en virtud de lo dispuesto en este apartado 5 del art. 2 PD, el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre seguimiento e identificación, claves para asegurar el éxito de la recuperación y decomiso de activos, se amplía considerablemente, al no limitarlas a las infracciones penales enumeradas en los apartados que le preceden. Realmente, a la vista del límite del año previsto, serán pocas las infracciones a las que no se podrá aplicar lo dispuesto en el Capítulo II PD y ello, a pesar de que en algunas se prevén medidas que conllevan

<sup>20</sup> COM (2020) 217 final, p. 7.

<sup>21</sup> Francia y Malta los aplica a todas las infracciones penales sancionadas con penas privativas de libertad de al menos un año; y otros países, entre los que se encuentra España, a todos los delitos dolosos. En Irlanda, por el contrario, se puede embargar y decomisar conforme a una lista de infracciones penales.

<sup>22</sup> COM (2022) 245, pp. 3 y 4.



importantes injerencias en los derechos fundamentales pudiéndose cuestionar algunas de ellas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Antes de pasar a ocuparnos de las infracciones penales a las que les será de aplicación las normas previstas en la propuesta de Directiva, queremos señalar que el Consejo ha propuesto una nueva redacción del apartado 1 que consiste, básicamente, en recuperar la forma de determinar el ámbito de aplicación utilizado en el art. 3 Directiva 2014/42/UE, refiriéndose a las infracciones penales contempladas en los distintos instrumentos normativos. Así, por ejemplo, en tanto que en el texto de la Comisión se dispone que “1. La presente Directiva se aplicará a las infracciones penales siguientes: a) participación en una organización delictiva, tal como se define en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo”; en la orientación general del Consejo se ha aprobado la siguiente redacción: “La presente Directiva se aplicará a las infracciones penales contempladas en: a) la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada”. Esta forma de redactar el ámbito de aplicación permitiría aplicar la futura Directiva a más infracciones penales, evitando que el cambio de algunas de las normas que regulan estas infracciones penales impida su aplicación a posibles nuevas infracciones penales, contribuyendo a una mayor seguridad jurídica.

Volviendo a las infracciones a las que le son aplicables las disposiciones previstas en la misma (art. 2, apartados 1 a 4), éstas se pueden agrupar en cuatro bloques:

a) el primero, integrado por las infracciones penales que se corresponden con los ámbitos delictivos contemplados en el art. 83. 1 TFUE. Las disposiciones de la propuesta de Directiva, serán de aplicación a los eurodelitos contemplados en el art. 83.1 TFUE en el momento de su adopción (art. 2, apartado 1, letras a) a k)<sup>23</sup> PD) - destacando como novedad la aplicación de las disposiciones de la futura Directiva al tráfico de armas (art. 2, apartado 1, letra k) PD)-; como al nuevo eurodelito de vulneración de medidas restrictivas de la Unión (art. 2, apartado 3 PD). Aun cuando el

<sup>23</sup> “a) participación en una organización delictiva, tal como se define en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo b) terrorismo, tal como se define en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo; c) trata de seres humanos, tal como se define en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; d) explotación sexual de menores y pornografía infantil, tal como se definen en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; e) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tal como se definen en la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo ; f) corrupción, tal como se define en el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea , y en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo; g) blanqueo de capitales, tal como se define en la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo; h) falsificación de medios de pago, tal como se define en la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo; i) falsificación de moneda, incluido el euro, tal como se define en la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; j) delitos informáticos, tal como se definen en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; k) tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, tal como se define en el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;...”.

Consejo ha aprobado la ampliación del número de normas contempladas en el apartado 1 del art. 2 PD (pasan a ser 15 frente a las trece contempladas en el texto de la PD adoptado por la Comisión), esta modificación tan sólo implicaría la inclusión de una nueva norma, en concreto, la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (letra o), pues en la nueva letra p), en la que se alude a la futura Directiva, por la que se definen las infracciones y sanciones penales por la vulneración de las medidas restrictivas de la Unión, se reubica el contenido apartado 3 del art. 2 PD y, por consiguiente, se suprime.

b) El segundo, abarca aquellos otros ámbitos delictivos que han sido armonizados en el ámbito de la UE (letras l) a n) del apartado 1 del art. 2 PD<sup>24</sup>): fraudes contra los intereses financieros de la Unión Europea, los delitos medioambientales, y la ayuda a la entrada y estancias irregulares.

c) El tercero grupo de infracciones se corresponde las previstas en el apartado 2 del art. 2 PD, en el que se amplía el ámbito de aplicación de la futura Directiva a las infracciones delictivas en él enumeradas que se cometan en el marco de una organización delictiva y que son: “a) violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; b) tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; c) falsificación de documentos administrativos y tráfico de estos; d) asesinato o lesiones graves; e) tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; f) secuestro, detención ilegal o toma de rehenes; g) robo organizado o a mano armada; h) chantaje y extorsión; i) tráfico de vehículos robados; j) delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en el Derecho nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de al menos un año”. Según se aclara en el considerando 10 PD, la inclusión de éstos se debe a que “desempeñan un papel clave a la hora de generar ingresos y permitir otros delitos, incluidos delitos graves de carácter transfronterizo”.

El Consejo, por su parte, ha aprobado una nueva redacción de este apartado 2 del art. 2 PD que conlleva la supresión de la enumeración de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal. Y, aunque una vez más, pareciera que la redacción aprobada por el Consejo tan sólo afecta a la forma, con la nueva redacción, las disposiciones de la futura Directiva serán aplicables a todos los delitos cometidos en el marco de una organización criminal siempre que se trate de

<sup>24</sup> “l) fraude, incluido el fraude y otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión, tal como se definen en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo; m) delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, tal como se definen en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como delitos relacionados con la contaminación procedente de buques, tal como se define en la Directiva 2005/35/CE, modificada por la Directiva 2009/123/CE; n) ayuda a la entrada y la estancia irregulares, tal como se define en la Decisión marco 2002/946/JAI<sup>24</sup> del Consejo y en la Directiva 2002/90/CE del Consejo;...”.

una infracción penal punible con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cuatro años<sup>25</sup>. Esta previsión, en la que se condiciona la aplicación de las normas sobre recuperación y decomiso de activos al umbral de pena privativa de libertad con la que se castiga en los distintos ordenamientos jurídicos los delitos, nos recuerda al umbral de pena contemplado en el art. 5 Directiva 2014/42/UE, dedicado al decomiso ampliado, en cuya letra e) del apartado 2 art 5 Directiva 2014/42/UE, prevé que a efectos del apartado 1 se considerará “infracción penal”, “una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años”<sup>26</sup>. En el caso del texto aprobado por el Consejo, ese umbral de pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cuatro años, no sólo condiciona la aplicación de las disposiciones de la propuesta de Directiva a los delitos cometidos en el marco de una organización criminal, sino que también está presente, como tendremos ocasión de ver, tanto en el decomiso ampliado (art. 14, apartado 2 PD) como en el decomiso de patrimonio no explicado (art. 16, apartado 4 PD); mientras que en el texto aprobado por la Comisión, ese umbral está presente en el decomiso no basado en sentencia condenatoria (art. 15, apartado 4) y en el decomiso de patrimonio no explicado (art. 16, apartado 3 PD). Debemos destacar que el Consejo concluye el considerando 10, manifestando que “Esta Directiva no obliga a los Estados miembros a introducir o mantener ningún delito”.

d) Por último, el cuarto bloque estaría conformado por todas aquellas otras infracciones penales establecidas en otros actos jurídicos de la Unión, siempre que éstos prevean específicamente que la futura Directiva se aplica a los delitos definidos en aquellos (art. 2, apartado 4 PD).

Como podemos comprobar, la futura Directiva, no sólo será de aplicación a la delincuencia organizada, recordemos que la Comisión comienza la justificación de esta nueva propuesta afirmando que “La delincuencia organizada es una de las mayores amenazas a la seguridad de la Unión Europea” y que, “Dado que el principal motivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico, la recuperación de activos es un mecanismo eficaz para disuadir de actividades delictivas”<sup>27</sup>, sino al conjunto de ciudadanos, y, una vez más, con la excusa de luchar contra la delincuencia organizada, se está tramitando una norma que nos afectará a todos.

A pesar de la vasta ampliación del ámbito de aplicación de las infracciones a las

<sup>25</sup> En el Documento 9314/23, p. 51, se ha traducido como “y estén castigados, como máximo, con penas privativas de libertad de al menos cuatro años”.

<sup>26</sup> AGUADO-CORREA, 2015a, p. 20, puso de manifiesto el error en la traducción al español pues en ésta se ha suprimido la referencia al máximo del umbral de pena, referencia que sí se contemplaba en las versiones de otros idiomas, por lo que la traducción correcta debería haber sido “con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cuatro años”.

<sup>27</sup> COM (2022) 245, p.1.

que serán de aplicación las normas de la futura Directiva, siendo pocos en realidad los que se quedan fuera, se cometan o no en el marco de una organización criminal, el CESE animó a la Comisión, “a aclarar y garantizar que el tráfico ilícito de inmigrantes y el comercio ilícito de tabaco, entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva propuesta”<sup>28</sup>, actividades delictivas que no se contemplan explícitamente el art. 2 PD, a pesar de que los ingentes beneficios que generan<sup>29</sup>.

#### IV. Regulación de las medidas de embargo

El Capítulo III de la propuesta de Directiva, se inicia, con buen criterio, y a diferencia de como se procedió en la Directiva 2014/42/UE<sup>30</sup>, siguiendo el orden de las fases de la recuperación de activos, con la regulación del embargo (art. 11 PD) con carácter previo a las diversas modalidades de decomiso (arts. 12 a 16 PD). En el artículo 11 PD se regula la medida de embargo en siete apartados frente a los dos en los que se regula en el art. 7 Directiva 2014/42/UE. Su contenido se corresponde en gran parte con lo dispuesto tanto en el art. 7 (Embargo) como en el art. 8 (Garantías) de la Directiva 2014/42/UE, ya que algunas de las garantías previstas en el art. 8 Directiva 2014/42/UE, han sido reubicadas en el art. 11 PD<sup>31</sup>. La única garantía de las previstas en aquél que no se ha incorporado al art. 11 PD es la relativa a los recursos, que, con buen criterio, se ubica en el precepto dedicado a los recursos (art. 23, apartado 2. PD).

Actualmente, el embargo de bienes con vistas a su posterior decomiso está permitido, si bien sólo doce Estados miembros, entre los que no se encuentra España, han otorgado a sus autoridades judiciales y policiales, los poderes para adoptar medidas urgentes e inmovilizar bienes antes de la autorización judicial<sup>32</sup>. En otros países, la Comisión considera que “la redacción de la transposición podría interpretarse en el sentido de que conlleva el carácter «urgente» de las medidas provisionales”<sup>33</sup>.

##### a. *Relación entre embargo y decomiso y ámbito de aplicación*

A pesar de ser dos conceptos independientes, el embargo es fundamental para garantizar la ejecución efectiva del decomiso al permitir conservar el bien (conside-

<sup>28</sup> DO C 100 de 16.3.2023, p. 105, apartado 1.2.

<sup>29</sup> DO C 100 de 16.3.2023, p. 108, apartado 3.4.

<sup>30</sup> En la Directiva 2014/42/UE, la regulación del embargo se contempla en el art. 7, tras la regulación de las diversas modalidades de decomiso (arts. 4 a 6 Directiva 2014/42/UE).

<sup>31</sup> En el considerando 22 PD se reproducen de forma conjunta los considerandos 28 y 29 de la Directiva 2014/42/UE.

<sup>32</sup> En el art. 7.1 Directiva 2014/42/UE, se exige a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para proceder al embargo de los bienes con vistas a su posible decomiso, disponiéndose también que, entre dichas medidas, adoptadas por una autoridad competente, se incluirán las actuaciones urgentes para asegurar el bien, es decir, para evitar su desaparición (ya sea mediante su venta, transferencia, que se gasten o desperdicio).

<sup>33</sup> COM (2020) 217, p. 11, entre estos países se cita a España.

rando 20 PD), enfatizándose en el apartado 1 del art. 11 PD la relación entre el embargo y el decomiso cuando se señala que “Las medidas de embargo de bienes que sea preciso para garantizar un posible decomiso”<sup>34</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación de las normas sobre las medidas de embargo previstas en el art. 11 PD, cabe destacar que, incomprensiblemente, en el texto adoptado por la Comisión, únicamente se alude a la modalidad de decomiso regulado en el art. 12 PD, si bien en el texto del Consejo, con buen criterio, se añaden el resto de modalidades de decomiso (“... posible decomiso de bienes en virtud de los artículos 12 a 16 por parte de las autoridades competentes”).

#### b. *Medidas inmediatas*

La importancia de actuar con la mayor celeridad posible, dada la velocidad con los que bienes pueden desaparecer, queda patente en el adjetivo utilizado en el art. 11.2 PD: “Las medidas de embargo incluirán la actuación inmediata que sea necesaria para la conservación de los bienes”<sup>35</sup>. No obstante, y dada la importancia de estas medidas inmediatas, el Consejo ha aprobado la modificación de la redacción de este apartado 2 del art. 11 PD con el fin de aclarar que las medidas de embargo abarcan tanto las resoluciones de embargo como las medidas inmediatas (“Las medidas de embargo consistirán en resoluciones de embargo y en medidas inmediatas”). Además, en el nuevo considerando 20 bis PD, aclara que “Una medida inmediata es una medida de embargo de carácter temporal y urgente cuya forma no se define en la presente Directiva”, pudiendo adoptar, de conformidad con el Derecho nacional, “la forma de resoluciones”; e incluso, que “El Derecho nacional puede disponer que, tras su validación o aprobación por una autoridad competente, la medida inmediata se transforme en una resolución de embargo, o tenga tal consideración”.

La modificación de la redacción del apartado 2 del art. 11 PD aprobada por el Consejo, también contempla la regulación de estas medidas inmediatas hasta que se haya emitido una resolución de embargo, teniendo en cuenta su importancia, por ejemplo, en el contexto de cooperación transfronteriza (considerando 20 PD). De ahí que se prevea que “Se adoptarán las medidas inmediatas cuando sea necesario para conservar los bienes hasta que se haya emitido una resolución de embargo. Los Estados miembros podrán limitar la validez temporal de las medidas inmediatas”. Como veremos a continuación, si bien en el texto de la Comisión se prevé un límite temporal de siete días para la validez de dichas medidas temporales y urgentes de embargo (art. 11, apartado 3 PD), dicho límite se suprime en el texto del Consejo, permitiendo a los Estados miembros que sean los que determinen en los Derechos nacionales.

<sup>34</sup> En el art. 7 Directiva 2014/42/UE se utiliza la expresión: “...con vistas a su posible decomiso...”.

<sup>35</sup> En la Directiva 2014/42/UE, se habla de “las actuaciones urgentes que hay que emprender, cuando sea necesario, para asegurar el bien” (art. 7.1).

### c. *Competencias de los organismos de recuperación de activos*

En el Informe de 2020, la Comisión apuntó como uno de los problemas que afrontaban los ORA, la falta de competencias de éstos para acordar embargos urgentes<sup>36</sup>, por lo que no es de extrañar que se pretenda solucionar este problema, en concreto, a través de la previsión contemplada en el art. 11, apartado 3 PD. Esta novedad es destacada por la propia Comisión en la Exposición de Motivos, refiriéndose a “la posibilidad de que las ORGAS puedan adoptar con carácter temporal y urgente medidas de embargo hasta que se pueda dictar una resolución formal de embargo”<sup>37</sup>. No obstante, en el apartado 3 del art. 11 PD no se contempla como una posibilidad, como algo facultativo, tal y como se afirma en la Exposición de Motivos, sino con carácter obligatorio, pues este apartado está redactado en los siguientes términos: “Los Estados miembros permitirán a los organismos de recuperación de activos adoptar las medidas inmediatas contempladas en el apartado 2 hasta que se dicte una resolución de embargo con arreglo al apartado 1”. No obstante, cabe destacar que en el texto del Consejo sí se prevé con carácter facultativo (“Los Estados miembros podrán permitir”), la adopción de estas medidas inmediatas, si bien la circunscribe a los casos en los que los ORA hayan participado en la fase previa, es decir, en la fase de identificación y seguimiento, a saber, cuando “sea necesario para conservar los bienes que hayan seguido e identificado en el desempeño de sus cometidos en virtud del art. 5...”<sup>38</sup>, destacando la importancia de dicha facultad en el contexto de la cooperación transfronteriza (considerando 20 *ter* PD). Por consiguiente, y tal y como se aclara en el considerando 20 *ter* PD, se deja en manos de los Estados miembros la determinación de las autoridades competentes que deban estar facultadas para adoptar medidas inmediatas, pudiendo permitirles a los organismos de recuperación de activos que sean los que adopten estas medidas inmediatas en los casos señalados en los que sea necesario conservar los bienes que hayan seguido e identificado en el desempeño de sus cometidos.

Como avanzábamos anteriormente, en el texto del Consejo se ha suprimido el plazo de siete días de validez de las medidas temporales y urgentes de embargo previsto por la Comisión en el apartado 3 del art. 11 PD, señalándose en el apartado 2 del art. 11 PD del texto del Consejo que los Estados miembros “podrán limitar la validez temporal de las medidas”. Además, en el nuevo considerando 20 *bis* del texto del Consejo se señala que el Derecho nacional puede limitar la validez temporal de la medida inmediata y que, si al expirar éste, “no se ha emitido la resolución de embargo y la autoridad competente tampoco ha validado o aprobado la medida inmediata, convirtiéndola en una resolución de embargo o haciendo que se la considere

<sup>36</sup> COM (2020) 217, p. 17.

<sup>37</sup> COM (2022) 245, p. 13.

<sup>38</sup> “Los Estados miembros podrán permitir que los organismos de recuperación de activos adopten medidas inmediatas cuando sea necesario para conservar los bienes que hayan seguido e identificado en el desempeño de sus cometidos en virtud del art. 5...”.



como tal, cesan los efectos de la medida inmediata y deben devolverse los bienes embargados temporalmente”.

d. *Embargo de bienes en posesión de terceros*

En términos diferentes a los utilizados en el apartado 2 del art. 7 Directiva 2014/42/UE, en el apartado 4 del art. 11 PD se contempla la posibilidad de embargar bienes en posesión de terceros cuando sea necesario para garantizar un posible decomiso con arreglo al art. 13 PD (decomiso de bienes de terceros), si bien en el texto del Consejo se suprime ya que deja de tener sentido pues, como vimos anteriormente, ha ampliado el ámbito de aplicación de las medidas de embargo a los posibles decomisos en virtud de los arts. 12 a 16 PD.

e. *Autoridades competentes y motivación*

En el apartado 5 del art. 11 PD se prevé que los Estados miembros velarán por que las resoluciones de embargo acordadas con arreglo a los apartados que le preceden “sean dictadas por una autoridad competente y estén debidamente motivadas”; si bien el Consejo ha modificado este apartado, con el fin de ampliar a todas las medidas de embargo (resoluciones de embargo y medidas inmediatas), ambas obligaciones, aclarando además en relación con el deber de motivación, que los Estados velarán por “que los motivos de estas se expongan en la decisión pertinente o se registren en el expediente si la medida de embargo no se ordena por escrito”. Sobre esta última posibilidad debe llamarse la atención, pues se abre la puerta, con el fin de agilizar las mismas y garantizar el éxito de las mismas, a la adopción verbal no solo de las medidas inmediatas sino también de las resoluciones de embargo pues se refiere a las medidas de embargo que, como vimos anteriormente, abarcan ambas. No obstante, no tiene sentido que las resoluciones de embargo no se ordenen por escrito, por su propia naturaleza, y como vimos anteriormente, el Consejo sólo se refería a las medidas inmediatas en el considerando 20 bis PD cuando afirma “cuya forma no se define en la presente Directiva”.

f. *Duración de las resoluciones de embargo y restitución*

Dada la afectación de derechos que las medidas de embargo conllevan, en particular, del derecho de propiedad, en el apartado 6 se contempla una salvaguarda específica, relativa a la duración temporal de la resolución de embargo y la restitución sin demora al titular si finalmente no se decomisa. Esta garantía ya se encuentra prevista, en términos muy parecidos, en los apartados 3 y 5 del art. 8 Directiva 2014/42/UE, si bien la Comisión la ha destacado en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva<sup>39</sup>. En el texto del Consejo, este apartado no sufre tantas modificaciones como el resto, si bien son relevantes. Se habla de liberar sin dilación

<sup>39</sup> COM (2022) 245, p. 13.

indebida, y no de restituir sin demora el bien a su titular, cambio de verbo muy relevante. Igualmente, resulta reseñable el cambio de redacción del considerando 21, para reconocer la injerencia en el derecho a la propiedad causada por las resoluciones de embargo.

#### g. *Embargo de entidades*

En el apartado 7 del art. 11 PD encontramos una previsión novedosa relacionada con los casos en los que los bienes que a embargar sean entidades que deban mantenerse en funcionamiento, tales como empresas. Para estos casos, se dispone que la resolución de embargo debe incluir medidas para excluir del acceso a los citados bienes a aquellas personas que los posean y controlen, permitiendo, a la vez, que sigan funcionando. En el texto del Consejo este apartado se suprime, a pesar de su importancia para garantizar que sigan funcionando y respetar los derechos de terceros, incluyéndose su contenido en un nuevo considerando 22 bis PD.

#### h. *Garantías*

Las dos garantías relacionadas con las medidas de embargo están contempladas en el art. 22 PD (obligación de informar) y en el art. 23 PD (Recursos).

##### 1. Obligación de informar

A través del art. 22 PD se pretende garantizar que las personas afectadas sean informadas, incluidos los motivos, de las resoluciones de embargo (art. 11 PD), de decomiso (arts. 12-16 PD), así como de las órdenes de venta anticipada (art. 20 PD), para que, si así lo desean, puedan impugnarlas de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 PD. En el apartado 6 del art. 23 PD, incluso se prevé que los Estados miembros contemplarán la posibilidad de que dicho recurso tenga efecto suspensivo en los casos de órdenes de venta anticipada. No obstante, en el texto del Consejo la previsión del efecto suspensivo se prevé con carácter facultativo (podrán contemplar) y no imperativo como en el texto de la Comisión.

No queda claro si ese anuncio público se refiere sólo a las resoluciones de embargo o también a las resoluciones de decomiso y venta anticipada. En los casos de reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, la obligación de informar a las personas afectadas, se rige por lo dispuesto en el art. 32 Reglamento (UE) 2018/1805, previéndose la obligación de la autoridad de ejecución de informar “en la medida de lo posible sin demora, de dicha ejecución y de dicha decisión a las personas afectadas de las que tenga constancia, de conformidad con los procedimientos previstos en su derecho nacional” (apartado 1), debiendo comprender esa información tanto el nombre de la autoridad de emisión y las vías de recurso que existen con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, debiéndose especificar “al menos de forma concisa, los motivos de dicha resolución”.

Y, si bien es cierto que en art. 22 PD se prevé la comunicación de los motivos sin

ninguna excepción ni matización al respecto, en el considerando 34 PD se apunta a la posibilidad contemplar excepciones a esta obligación, como se deduce del uso de la expresión “por regla general” (“Por lo tanto, dicha comunicación debe, por regla general, indicar el motivo o motivos de la resolución en cuestión”).

En cuanto al momento en el que se debe producir la notificación de la resolución de embargo, nada se dice en el texto propuesto por la Comisión, a diferencia de la vigente normativa (art. 8.2 Directiva 2014/42/UE), en la que se incluye una referencia explícita a la comunicación a la persona afectada “tan pronto como sea posible después de su ejecución”; y tampoco se dice nada en el art. 22 PD sobre la posibilidad de aplazar dicha comunicación cuando se pueda poner en peligro una investigación penal. No obstante, el Consejo ha colmado estas lagunas y, en la línea de lo dispuesto en el art. 8.2 Directiva 2014/42/UE, el art. 22 PD prevé que se comuniquen las resoluciones “sin demora indebida”, si bien, en el considerando 34 PD del Consejo, también se señala que la comunicación, podrá hacerse mediante un anuncio público: “Cuando la personas afectada o el paradero de la personas afectada sean desconocidos, o cuando la comunicación a cada una de las personas afectadas supondría una carga desproporcionada”<sup>40</sup>. Lo que no queda claro si ese anuncio público se refiere sólo a las resoluciones de embargo o también a las resoluciones de decomiso y venta anticipada. Una vez más, el Consejo apuesta por la eficacia frente a las garantías al prever la posibilidad de notificación mediante un anuncio público para casos que la notificación individualizada suponga “una carga desproporcionada”. ¿Qué hay que entender por carga desproporcionada? Por otra parte, en el art. 22 PD, el Consejo también reconoce a los Estados miembros la posibilidad de aplazar la comunicación, llegando a hablar de “derecho de las autoridades competentes a aplazar la comunicación de las resoluciones de embargo a la persona afectada el tiempo necesario para no poner en peligro una investigación penal”.

## 2. Derecho a recurrir resoluciones de embargo

La obligación de los Estados miembros de garantizar la posibilidad efectiva de recurrir las resoluciones de embargo, ya sean adoptadas por autoridades competentes distintas a las judiciales o por éstas, se prevé en el art. 23, apartado 2 PD en términos muy parecidos a los que se contemplan en la actualidad en el art. 8.4 Directiva 2014/42/UE, si bien se refuerza la garantía de revisión o validación por parte de una autoridad judicial para los casos en los que la resolución de embargo haya sido adoptada por una autoridad competente distinta de una autoridad judicial, como sería el caso de los organismos de recuperación de activos. Así, mientras que en el art. 8.4 Directiva 2014/42/UE, tras declarar la obligación de los Estados miembros de prever la posibilidad efectiva de ejercer el derecho a recurrir las órdenes de embargo ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad judicial, se prevé con carácter facultativo

<sup>40</sup> Vid. inicio del considerando 34.

la validación de la orden de embargo por una autoridad judicial antes de que pueda recurrirse ante un órgano jurisdiccional (“Dichos procedimientos podrán prever...”); en el art. 23, apartado 2 PD se prevé con carácter imperativo, al exigirse que “...el Derecho nacional dispondrá que dicha resolución se someta primero a una autoridad judicial para su validación o revisión antes de poder impugnarse ante un órgano jurisdiccional”. No obstante, en el texto del Consejo, se vuelve a configurar con carácter facultativo (“...el Derecho nacional podrá disponer que dicha resolución...”).

## V: Regulación de las modalidades de decomiso

Los artículos 12 a 16 PD se ocupan de las diversas modalidades de decomiso, pudiéndose destacar tanto la nueva modalidad de decomiso prevista en el art. 16 “Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas”; como el cambio de ubicación del artículo dedicado al decomiso de bienes de terceros (art. 13 PD) que se ubica tras el decomiso (basado en condena) del art. 12 PD, a diferencia de la Directiva, en la que cerraba la regulación de las modalidades de decomiso. En los arts. 14 y 15 PD se regulan, respectivamente, el decomiso ampliado y el decomiso no basado en sentencia condenatoria. Pasemos a ver algunas de los cambios previstos en la regulación de las actuales modalidades de decomiso y la regulación de la nueva modalidad.

### 1. *Decomiso*

En relación con esta modalidad de decomiso regulada en el apartado 1 del art. 4 Directiva 2014/42/UE), lo más destacable del Informe de 2020 es que, frente a la mayoría de los Estados miembros que se han decantado por hacer recaer el decomiso por valor equivalente sobre activos de valor equivalente a los instrumentos y productos del delito, en algunos de los Estados miembros se prevé la posibilidad de acordar el pago de una cantidad de dinero que corresponda al valor de los activos objeto de decomiso<sup>41</sup>.

En la propuesta de Directiva, esta modalidad de decomiso está regulada en dos apartados en el art. 12: el primero, se refiere al “decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto derivados de una infracción penal, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado; el segundo, está dedicado al decomiso de bienes cuyo “valor se corresponda a los instrumentos o productos de una infracción penal “tras una sentencia condenatoria firme, que a su vez podrá ser resultado de un pro-

<sup>41</sup> Esta modalidad de “decomiso impropio”, no es nueva, sino que ya en la década de los 90 del siglo pasado se preveía en Alemania o en Austria. Se trata de un decomiso de contenido obligacional y no real, de una sanción pecuniaria que, a diferencia de la multa, no daría lugar a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Cfr. AGUADO-CORREA, 2003, p. 6

cedimiento en rebeldía”. En cuanto a esta última expresión “procedimiento en rebeldía” que encontramos en la versión española, creemos que debería sustituirse por la contemplada en el apartado 1 del citado art. 12 PD, pues nos encontramos ante un error de traducción. En el art. 4.1 Directiva 2014/42/UE, la misma expresión se tradujo como “procedimiento en ausencia del acusado”. En otras versiones se utiliza la misma expresión en ambos apartados – en la versión en inglés “proceedings in absentia” y en la francesa “dans le cadre d’une procédure par défaut”-, no sucediendo así en la versión española, en la que ha traducido de diferente manera la misma expresión, lo que podría traer consecuencias indeseadas.

Aun cuando en este artículo 12 PD, no se señalan los casos en los que procede el decomiso por valor equivalente, en el considerando 23 de la propuesta de Directiva se habla de los casos en los que sea imposible localizar los instrumentos o productos del delito, en los siguientes términos: “...es necesario permitir el decomiso de bienes de valor equivalente a dichos productos o instrumentos a fin de hacer con valor equivalente a los productos e instrumentos de un delito cuando sea imposible decomisarlos”. Además, en este considerando 23 PD, se recuerda que los Estados miembros, en términos parecidos a los utilizados en el considerando 14 Directiva 2014/42/UE, que “son libres de definir el decomiso de bienes de valor equivalente con carácter subsidiario o alternativo al decomiso directo, según proceda de conformidad con el Derecho nacional”; aclaración, que, en la versión del texto de PD aprobado por el Consejo, además de en el considerando 23, se contempla en el apartado 2 del art. 12 PD *in fine* en los siguientes términos: “Dicho decomiso podrá ser subsidiario o alternativo al decomiso en virtud del apartado 1”.

Nos llama la atención que cuando la Comisión se ocupa de explicar el art. 12 PD no alude al decomiso de bienes de valor equivalente a los instrumentos, siendo la modalidad más conflictiva por razones de proporcionalidad, pero sí al de decomiso de bienes de valor equivalente al producto del delito<sup>42</sup>. Cabe recordar que en la PD de 2012 no se contempló el decomiso del valor equivalente en relación con los instrumentos, por motivos de proporcionalidad, como venía siendo habitual en otros instrumentos normativos tanto internacionales como de la UE, si bien el CESE criticó su exclusión<sup>43</sup>, siendo finalmente incluido en el art. 4.1 Directiva 2014/42/UE por el Parlamento Europeo<sup>44</sup>. Consciente de los problemas de proporcionalidad que la previsión del decomiso por valor equivalente de los instrumentos puede generar, el Consejo ha incluido un nuevo considerando 23 bis que, fundamentalmente, reproduce el contenido del considerando 17 Directiva 2014/42/UE. En primer lugar, y con el fin

<sup>42</sup> COM (2022) 245 final, p. 13.

<sup>43</sup> Cfr. AGUADO-CORREA, 2014, p. 14.

<sup>44</sup> Vid. I Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, de 20.5.2013, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Ponente: Monica Luisa Macovei), Enmienda 29, p. 21.

de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad se advierte que “Al aplicar la presente Directiva respecto del decomiso de bienes cuyo valor corresponda a los instrumentos, podrán ser aplicables las disposiciones pertinentes cuando, a la vista de las circunstancias concretas, del asunto en cuestión, la medida sea proporcionada, habida cuenta en particular del valor de los instrumentos de que se trate”. Además, se cierra este considerando 23 bis del texto del Consejo, afirmando que “Los Estados miembros pueden tener en cuenta asimismo el hecho de que la persona condenada sea responsable o no de la imposibilidad de proceder al decomiso de los instrumentos, así como el alcance de esta responsabilidad”<sup>45</sup>. En el Código penal alemán se prevé en el párrafo 74 c *Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmer*, una cláusula que permite tener en cuenta el hecho al que se alude en el considerando 17 Directiva 2014/42/UE y en el considerando 23 bis PD del Consejo.

## 2. *Decomiso de bienes de terceros*

En el art. 6 Directiva 2014/42/UE se previó, por primera vez en el marco jurídico de la Unión, normas vinculantes sobre el decomiso de bienes de terceros. Según se refleja en el Informe de 2020, la mayoría de los Estados miembros, entre los que se encuentra España (art. 127 quater CP), han incluido disposiciones específicas sobre el decomiso de bienes de terceros, habiéndose incluido también el requisito “mental”, es decir, que el tercero “tuviera o hubiera podido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso”. Algunos Estados miembros se han referido al decomiso de bienes “a disposición” de una persona condenada (Francia, Letonia o Luxemburgo); en tanto que Italia permite el decomiso de “bienes o prestaciones, de los que el condenado es titular “a través de una persona física o jurídica”<sup>46</sup>.

En cuanto al alcance del decomiso de bienes de terceros, y aun cuando en el art. 6 Directiva 2014/42/UE, se alude únicamente al “decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor se corresponda a productos que directa o indirectamente hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o acusado...”, en algunos Estados miembros, como Alemania o Portugal, se permite, además, el decomiso de instrumentos transferidos o adquiridos por terceros<sup>47</sup>. No es el caso de la legislación española en la que

<sup>45</sup> Vid. AGUADO-CORREA, 2015a, p. 16.

<sup>46</sup> COM (2020) 217, p. 10.

<sup>47</sup> COM (2020) 217, p. 10. En el Código penal alemán se regula el decomiso de bienes de terceros en el § 74a *Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei anderen* StGB. En el Código Penal portugués, el decomiso de bienes de terceros se encuentra regulado en el art. 111º Instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro, en su redacción dada por la Lei nº 30/2017, de 30 de mayo, que entró en vigor el día 31 de mayo de 2017. Sobre la regulación del decomiso de bienes de terceros en el país vecino, vid. ANTUNES, 2020, pp. 588 y 589; CURA MARIANO, 2018, pp. 137 y ss.



en el art. 127 quater CP se permite el decomiso de “bienes, efectos y ganancias”, pero no de los instrumentos. En Rumanía se prevé el decomiso de bienes de miembros de la familia y entidades jurídicas; en tanto que en Bulgaria el decomiso de bienes de terceros se ha transpuesto mediante Derecho civil en materia de decomiso civil, siendo aplicable a una lista específica de infracciones penales<sup>48</sup>.

En un intento de limitar los supuestos del decomiso de bienes de terceros, en el considerando 24 PD se reproducen las mismas aclaraciones contempladas en el considerando 24 Directiva 2014/42/UE –el decomiso de bienes de terceros procedería “en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse” y las normas sobre decomiso de terceros se deben extender “tanto a personas físicas como jurídicas” (considerando 24 Directiva 2014/42/UE),- añadiéndose en el considerando 24 PD que dicha extensión debe hacerse “sin perjuicio del derecho de los terceros a ser oídos, incluido el derecho a reclamar la propiedad de los bienes en cuestión”.

En cuanto a la regulación del decomiso de bienes de terceros en la propuesta de Directiva, en primer lugar, queremos llamar la atención sobre el cambio de ubicación: en tanto que en la Directiva 2014/42/UE es la última modalidad de decomiso, regulándose tras el decomiso con y sin sentencia condenatoria (art. 4) y el decomiso ampliado (art. 5); en la propuesta de Directiva se regula en segundo lugar (art. 13), tras el decomiso (con sentencia condenatoria). De este cambio de ubicación se podría inferir la intención de marcar su carácter subsidiario respecto de la modalidad de decomiso que le precede, pues como se vuelve a poner de manifiesto en el considerando 24 PD, en los mismos términos que en el considerando 24 Directiva 2014/42/UE, el decomiso de terceros procede “en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse”<sup>49</sup>. Además, cabe destacar que en la propuesta de Directiva no se contempla una manifestación como la del considerando 25 Directiva 2014/42/UE, en el sentido de que “Los Estados miembros tienen la facultad de considerar el decomiso de bienes de terceros como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, de conformidad con el Derecho nacional”<sup>50</sup>.

A parte del cambio de ubicación, y de la división en dos párrafos del contenido del apartado 1 del art. 6 Directiva 2014/42/UE, esta modalidad de decomiso no sufre

<sup>48</sup> El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) en la Sentencia de 21 de octubre de 2021 –Asuntos acumulados C-845/19 y C-863/19- que tienen por objeto dos peticiones de decisión prejudicial, relativas al derecho búlgaro, ha declarado que el derecho búlgaro “no permite cumplir el requisito establecido en el art. 8, apartados 1, 7 y 9, de la Directiva 2014/42... En efecto, mediante tal acción, el tercero puede, a lo sumo, reaccionar ante la eventual vulneración de su derecho de propiedad resultante de una resolución de decomiso de su bien, pero no invocar este derecho con el fin de prevenir la propia adopción de tal resolución” (apartado 84). Sobre esta Sentencia vid. URIARTE VALIENTE, 2022, p. 1 y ss.

<sup>49</sup> El inicio de este considerando 24 PD varía un poco, siendo destacable la sustitución del término “activos” por “bienes o fondos”.

<sup>50</sup> PILLADO GONZÁLEZ, 2023, pp. 385, destaca que en la propuesta de Directiva no se incluye ninguna referencia al carácter subsidiario del decomiso de terceros, desapareciendo la limitación prevista en el considerando 25 Directiva 2014/42/UE.

grandes alteraciones en cuanto a su alcance y contenido<sup>51</sup>, afectando los cambios, principalmente, a la forma de redacción. Así en tanto que en el art. 6, apartado 1 Directiva 2014/42/UE se prevé que los Estados miembros “adoptarán medidas necesarias para posibilitar...”, en el art. 13, apartado 1, párrafo 1º PD se señala que “adoptarán las medidas necesarias para proceder...”. Por otra parte, aun cuando en el párrafo 2º del apartado 1 del art. 13 PD no se incluye la expresión “al menos” (“...al menos cuando esos terceros...”), expresión que sí se incluye en el texto del Consejo<sup>52</sup>, ello no implica un cambio sustancial del ámbito de aplicación de esta modalidad de decomiso puesto que nos encontramos ante normas mínimas, y el cambio de redacción no afecta a los casos en los que se permitirá dicho decomiso (“El decomiso de dichos productos u otros bienes se permitirá en aquellos casos en que dichos terceros...” (art. 13.1. 2º PD). Por último, consideramos que la redacción del alcance del decomiso previsto en el segundo párrafo de este art. 13.1 PD, no resulta demasiado afortunada cuando, al inicio, se refiere al decomiso de “dichos productos y bienes”, por lo que consideramos oportuno, y aún a riesgo de la reiteración, que se modifique y se sustituya por la expresión “El decomiso de dichos productos, u otros bienes cuyo valor correspondan a estos productos...”, despejando así cualquier clase de duda sobre a qué bienes se refiere.

En el apartado 2 del art. 13 PD, se prevé la cláusula de salvaguarda de los derechos de los terceros pudiéndose constatar un cambio en la redacción respecto de la prevista en art. 6, apartado 2 Directiva 2014/42/UE, pues mientras que en la propuesta de Directiva se utiliza el verbo afectar, en la norma vigente se utiliza el verbo perjudicar, denotando así la intención de ofrecer una mayor protección a los derechos de los terceros de buena fe, garantizando el respeto de sus derechos. No obstante, debemos señalar que el Consejo ha aprobado la sustitución del término afectar por perjudicar, volviendo a los términos utilizados en el art. 6 apartado 2 Directiva 2014/42/UE.

El derecho a recurrir de los terceros se encuentra contemplado en el apartado 7 del art. 23 PD, en el que se reconoce que tendrán derecho a reclamar la titularidad de un bien u otros derechos de propiedad incluso en los casos de decomiso de bienes de terceros (art. 13 PD)<sup>53</sup>.

Esperemos que cuanto se apruebe esta nueva propuesta de Directiva, el legislador español aproveche la ocasión para reformar la deficiente y farragosa regulación del

<sup>51</sup> El apartado 1 del art. 13 PD reza así: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o acusado o hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o acusado”.

<sup>52</sup> El Consejo ha aprobado la inclusión de “al menos” tanto en el texto del considerando 24 como en el art. 13 PD.

<sup>53</sup> Sobre el importante papel que juegan las garantías en el decomiso de bienes de terceros, en particular, la proporcionalidad, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo, y los derechos de los terceros de buena fe, vid. el Documento de trabajo de la Comisión “Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Mutual Recognition of Freezing and Confiscation Orders”, SWD (2016) 468, 26.12. 2016, p. 74.

decomiso de terceros contemplada en el art. 127 quater CP<sup>54</sup>, regulación que, por cierto, se corresponde con la contemplada en el art. 6.2 b) PD de 2012, y que distaba mucho de la que finalmente se contempló en el art. 6 Directiva 2014/42/UE<sup>55</sup>.

### 3. *Decomiso ampliado*

A pesar de lo dispuesto en el art. 13, apartado 2 Directiva 2014/42/UE, en el Informe de 2020 la Comisión no evaluó expresamente la necesidad de revisar la lista de infracciones contempladas en el art. 5, apartado 2 Directiva 2014/42/UE. Puede deberse a que la Comisión no lo ha considerado necesario ya que la mayoría de los Estados miembros han ampliado considerablemente el catálogo de infracciones penales contemplado en el citado apartado 2 del art. 5 Directiva 2014/42/UE. Lo que sí puso de manifiesto en el Informe de 2020, fue la forma tan diversa en la que los Estados miembros han traspuesto al Derecho nacional el art. 5 Directiva 2014/42/UE, tanto por lo que respecta al nivel de prueba (apartado 1) como por el ámbito de aplicación de lo dispuesto en el mismo (apartado 2)<sup>56</sup>.

En la propuesta de Directiva el decomiso ampliado se regula en el art. 14 PD. En el considerando 25 PD, la Comisión justifica la presencia de esta modalidad de decomiso debido a que las organizaciones delictivas realizan todo tipo de actividades delictivas. Además, señala su idoneidad para hacer frente de forma eficaz a las actividades de delincuencia organizada en aquellas situaciones en las que “convenga que, tras la resolución penal condenatoria por una infracción penal que pueda dar lugar a ventajas económicas se proceda al decomiso, no solo de los bienes asociados con un determinado delito, incluido su producto o sus instrumentos, sino también de bienes adicionales que el órgano jurisdiccional determine que son producto de comportamientos delictivos”.

#### a. *Requisitos y nivel de prueba*

Con una redacción más clara que la utilizada en el apartado 1 del art. 5 Directiva 2014/42/UE, en el apartado 1 del art. 14 PD, para acordar el decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, se exige que se trate de una infracción que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica y que el órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien procede de actividades delictivas. En el texto del Consejo, este apartado sufre una leve modificación del estilo de redacción al optarse por sustituir este último término “infracción” por el de “delito”, quedando redactado en los siguientes términos: “...persona condenada por una infracción penal cuando el delito cometido...”.

En el apartado 2 del art. 14 PD, y en los mismos términos que los previstos en el

<sup>54</sup> GARRIDO CARRILLO, 2022, pp. 343 y ss.

<sup>55</sup> AGUADO-CORREA, 2015a, pp. 23 ss.

<sup>56</sup> COM (2020) 217, pp. 9 y 10 ss.

apartado 1 *in fine* del art. 5 Directiva 2014/42/UE<sup>57</sup>, se alude al nivel de prueba para determinar si los bienes en cuestión, tanto productos como instrumentos (considerando 25 PD), proceden de actividades delictivas, en los siguientes términos: “Para determinar si los bienes en cuestión proceden de actividades delictivas, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarde proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada”<sup>58</sup>.

Aun cuando en el articulado de la propuesta de Directiva del texto presentado por la Comisión en 2022, no encontramos referencia alguna a la “presunción de probabilidad”, ésta sí está presente en la nueva redacción del considerando 25 PD aprobada por el Consejo, y, una vez más, en los mismos términos utilizados en el considerando 21 Directiva 2014/42/UE: “Los Estados miembros pueden disponer que sea suficiente, por ejemplo, con que el órgano jurisdiccional considere, habida cuenta de las distintas probabilidades, o pueda presumir razonablemente que es sustancialmente más probable que el bien en cuestión se haya obtenido merced a comportamientos delictivos que merced a otras actividades. En este contexto, el órgano jurisdiccional tiene que examinar las circunstancias específicas del caso, incluidos los hechos y pruebas disponibles en los que pueda basarse la decisión de decomiso ampliado”.

El criterio de la desproporción entre el valor de los bienes y el importe de los ingresos ilícitos, como podemos comprobar, sigue figurando en primer plano en la regulación del decomiso ampliado prevista en el art. 14 PD, ilustrando “los hechos específicos y las pruebas disponibles”<sup>59</sup>. Y si bien en el considerando 25 de la PD presentada por la Comisión, no se alude al mismo; dicha alusión es recuperada del considerando 21 Directiva 2014/42/UE<sup>60</sup> por el Consejo, señalando que puede ser

<sup>57</sup> El nivel de prueba previsto en el art. 5 apartado 1 Directiva 2014/42/UE, se situó en un término medio entre el nivel de plena convicción exigido en el art. 3.2 DM 2005/212/JAI y la “presunción de probabilidad” contemplada en el art. 4.1 PD de 2012. Esta expresión también se encontraba, entre las garantías, en el art. 8.4 PD de 2012. La supresión de la referencia al “equilibrio de probabilidades” prevista en la PD de 2012, se debió a la necesidad de adaptar el nivel de prueba a las posiciones de las delegaciones nacionales, al considerarse incompatible con algunos ordenamientos jurídicos. Vid. sobre ello, AGUADO-CORREA, 2015a, pp. 21 ss.

<sup>58</sup> AGUADO-CORREA, 2015a, pp. 21 y 22.

<sup>59</sup> Sobre las ventajas del “criterio de la desproporción” se pronunció el CDR en su Dictamen sobre la PD 2012, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 31, señalando que tiene “la ventaja de subrayar que corresponde a la persona en cuestión aportar la prueba de que los bienes o derechos que no son el producto de una infracción, pero cuyo decomiso se pretende, provienen de otras fuentes lícitas de ingresos”. Vid. AGUADO-CORREA, 2015a, pp. 22 y 23.

<sup>60</sup> En el Dictamen sobre la PD de 2012, el CESE deploró profundamente que el criterio de la desproporción entre el valor de los bienes y el importe de los ingresos lícitos ya no figurase en primer plano, sino solo implícitamente en los “hechos concretos” en los que el tribunal puede basar su resolución (artículo 4, apartado 1), cuando en la DM 2005/212/JAI, este criterio constituía una de las tres opciones alternativas o cumulativas previstas en el art. 3 apartado 2, letra c, y las “legislaciones nacionales más avanzadas en la lucha contra la delincuencia organizada otorgan a este criterio un valor decisivo”. El CESE concluyó sus observaciones sobre la regulación de los “poderes de decomiso ampliado” del art. 4 PD 2012, instando a las autoridades nacionales a otorgar a este criterio una importancia fundamental, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.1. Vid. AGUADO-CORREA, 2014, pp. 17 ss.

“uno de los elementos que induzcan al órgano jurisdiccional a resolver que el bien procede de un comportamiento delictivo”. Concluye el Consejo este considerando 25 PD, en los mismos términos que se concluye considerando 21 Directiva 2014/42/UE, señalando la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un determinado plazo durante el cual puede considerarse que el bien procede de un comportamiento delictivo, posibilidad, que ya han previsto algunos Estados miembros en su Derecho nacional<sup>61</sup>.

En el apartado 1 del art. 127 bis de nuestro CP no se establece ningún plazo sino que se prevé que el órgano jurisdiccional debe decidir “a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos proceden de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito”<sup>62</sup>, valorándose, entre otros, los indicios previstos en el apartado 2 del mismo precepto, entre los cuales, se enumera, en primer lugar, “la desproporción entre los bienes y efectos de que se trate y los bienes de origen lícito de la persona condenada”. Por el contrario, a efectos de la cuestionada modalidad de decomiso ampliado por actividad delictiva previa<sup>63</sup> regulada en el art. 127 quinquies<sup>64</sup>, se afirma que “Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva”<sup>65</sup>.

#### b. *Ámbito de aplicación*

En cuanto al ámbito de aplicación del decomiso ampliado, en el art. 14 PD se puede constatar un cambio de gran relevancia<sup>66</sup>, al no limitar el ámbito de aplicación de las infracciones penales en las que cabe acordarlo, a diferencia del actual régimen (art. 5, apartado 2 Directiva 2014/42/UE), limitación que fue señalada por la Comisión en el Informe de 2020 como uno de los problemas que impedían una mayor efectividad en la retirada de los beneficios.

No obstante, en el texto aprobado por el Consejo, se ha incluido un nuevo apartado

<sup>61</sup> COM (2020) 217, p. 9.

<sup>62</sup> GARRIDO CARRILLO, 2021, pp. 58 ss., denunció la instauración de una política que denominó de “decomiso total” que ha acabado “agotando las posibilidades constitucionales” de los Estados miembros, dando lugar “a graves problemas de interpretación y aplicación”.

<sup>63</sup> Es una de las denominaciones propuesta por la doctrina. También se habla de decomiso ampliado por reiteración delictiva; decomiso reforzado o cualificado, decomisado ampliado por reiteración delictiva o “hat trick”, vid. sobre las diferentes denominaciones, FARTO PIAY, 2021, pp. 141 y 142.

<sup>64</sup> HAVA GARCÍA, 2015, p. 219, lo calificó como “esperpéntico”. Vid. algunas de las críticas formuladas por RODRÍGUEZ-GARCÍA, 2017 pp. 11 y ss.; AGUADO-CORREA, 2015b, pp. 1041 a 1043; ROIG TORRES, 2016, pp. 253 y ss.; BLANCO CORDERO, 2017, pp. 479 y 480; CARRILLO DEL TESO, 2018, p. 192, quien subraya la tramitación parlamentaria farragosa que permitió la inclusión de esta modalidad de decomiso ampliado en nuestro CP.

<sup>65</sup> Sobre las presunciones del art. 127 sexies y su dudosa constitucionalidad, vid., entre otros, VIDALES RODRÍGUEZ, 2015, p. 11; AGUADO-CORREA, 2015b, pp. 1045 y 1046; ROIG TORRES, 2016, p. 257; BLANCO CORDERO, 2017, p. 482; RODRÍGUEZ-GARCÍA, 2017, p. 193 CARRILLO DEL TESO, 2018, p. 195; FARTO PIAY, 2021, pp. 156 y ss.

<sup>66</sup> COM (2022) 245, p. 14. La Comisión subraya, que, “En comparación con la Directiva esta posibilidad debe existir para todos los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva”.



3 en el art. 14 PD -novedad a la que por cierto no alude el Consejo en el considerando 25- en el que se prevé que, a los efectos de este artículo, el concepto “infracción penal” incluirá “al menos los delitos enumerados en el artículo 2, apartados 1 a 4, cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años”. Es decir, el decomiso ampliado se deberá acordar, al menos, con carácter obligatorio, cuando se cometa una infracción penal que entre dentro del ámbito de aplicación de la futura Directiva, siempre lleve aparejada una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años<sup>67</sup>. Se vuelve, pues, en el texto aprobado por el Consejo, a incluir un criterio temporal basado en la introducción de un umbral de pena de al menos cuatro de prisión como máximo<sup>68</sup>, si bien, en esta ocasión, para asegurar el decomiso ampliado en los casos que se consideran graves<sup>69</sup> y facilitar el reconocimiento mutuo de dichas resoluciones sin verificar la doble incriminación de los hechos, el Consejo prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal”, “al menos” cuando los delitos enumerados en el art. 2, apartados 1 a 4 PD, lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo al menos cuatro años, si bien, a diferencia del art. 5, apartado 2 Directiva 2024/42/UE<sup>70</sup>, no se aclara si ese umbral de pena ha de entenderse referido al Derecho nacional y/o los instrumentos normativos europeos contemplados en estos apartados 1 a 4 del art. 2 PD. En el art. 3 del Reglamento (UE) 2018/1805, se prevé que para ejecutar una resolución de embargo o de decomiso sin verificación de la doble incriminación de los hechos que dieron lugar a ellas, esos hechos deben ser punibles en el Estado de emisión con “una pena máxima privativa de libertad de al menos tres años” además de ser constitutivos de algunos de los treinta y dos delitos que enumera, con arreglo al Derecho del Estado de emisión, delitos, muchos de ellos, que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la futura Directiva.

<sup>67</sup> En el texto del Consejo, este límite basado en el umbral de pena, también se ha incluido, como ya vimos, en el apartado 2 del art. 2 PD, en el que se prevé que la futura Directiva se aplicará a “las infracciones penales que se cometan en el marco de una organización delictiva, tal y como se define en la DM 2008/841/JAI del Consejo, y estén castigadas, como máximo con penas privativas de libertad de al menos cuatro años”. Este límite temporal de cuatro años también está previsto en el texto de la Comisión para el decomiso no basado en sentencia condenatoria (art. 14, apartado 4 PD), si bien en la redacción del art. 14 aprobada por el Consejo, se ha suprimido este apartado.

<sup>68</sup> Este criterio del umbral no estaba incluido en el texto la PD de 2012 ni en el de la PD 2022 aprobados por la Comisión, siendo el Consejo el que incluye el criterio temporal, al igual que procedió en 2012. Vid. Documento de la Presidencia del Consejo 14826/12, de 16.10.012, y los debates en el seno del DROIPEN sobre la inclusión de algún criterio que limitase el ámbito del decomiso ampliado; y Documento de la Presidencia al Consejo 17117/12, de 3.12.2012. Vid. críticas formuladas por AGUADO-CORREA, 2015a, p. 20.

<sup>69</sup> En el Informe de 2020 se señala que Francia el decomiso ampliado está permitido en el caso de delitos castigados con penas privativas de libertad de al menos cinco años, COM (2020), 217, p. 10.

<sup>70</sup> En la Directiva 2014/42/UE, se prevé la aplicación de lo dispuesto en la futura Directiva a “una infracción que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años”.



#### 4. *Decomiso no basado en sentencia condenatoria*

De la evaluación de la transposición de lo dispuesto en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE, se deduce que la mayoría de los Estados miembros van más allá de lo previsto en la misma<sup>71</sup>. No cabe duda de que el decomiso no basado en condena ha sido la modalidad de decomiso más cuestionada y controvertida desde que la Comisión propusiera su inclusión en la propuesta de Directiva de 2012, lo que dio lugar a que finalmente, en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE, se regulase en términos muy distintos a los que propuso la Comisión<sup>72</sup>.

Desde el primer momento, la regulación del decomiso no basado en condena contemplada en el apartado 2 del art. 4 Directiva 2014/42/UE, fue una “solución de compromiso”<sup>73</sup> que no satisfizo a los legisladores. Tanto es así que, como pusimos de manifiesto en la introducción, el Parlamento Europeo y el Consejo emitieron una declaración conjunta en la que se pedía a la Comisión “«analizar, lo antes posible y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, la viabilidad y las posibles ventajas de introducir normas comunes adicionales relativas al decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas, incluso en ausencia de condena de una o varias personas concretas por tales actividades»”<sup>74</sup>. La respuesta a esta declaración conjunta, se contempla en el Informe de 2020 en una sección aparte bajo el título “Evaluación de la viabilidad y posibles ventajas de introducir nuevas normas comunes sobre el decomiso no basado en condena” (sección 3), en la que la Comisión concluye que “considera que la introducción de nuevas medidas en el ámbito del decomiso no basado en condena es factible y ofrece beneficios potenciales a la hora de aumentar los niveles de embargo y decomiso de los productos del delito”<sup>75</sup>. En la citada evaluación, la Comisión señaló que, según se contempla en el documento de trabajo de servicios de la Comisión titulado “Análisis de las medidas de decomiso no basado en condena en la Unión Europea”<sup>76</sup> (en adelante Documento de trabajo de 2019), los Estados miembros aplicaban diversos regímenes de decomiso no basados en condena que iban desde los que preveían

<sup>71</sup> Salvo los cuatro Estados miembros en los que existe procedimientos en ausencia del acusado (Bélgica, Eslovaquia, Estonia y los Países Bajos) y, por lo tanto, cumplían con el requisito del art. 4, apartado 2 Directiva 2014/42/UE; y los Estados miembros (Austria y Malta), en los que el decomiso sin condena se permite en los dos casos (enfermedad y fuga) contemplados en el art. 4, apartado 2 Directiva 2014/42/UE. COM (2020) 217, pp. 8 y 9. Un análisis más completo se encuentra en el documento de trabajo de la, pp. 5 ss.

<sup>72</sup> Sobre la regulación prevista en el art. 5 PD de 2012, vid. AGUADO-CORREA, 2014, pp. 37 ss.

<sup>73</sup> AGUADO-CORREA, 2015a, pp. 15 ss.

<sup>74</sup> Doc. del Consejo 7329/1/14 REV 1 ADD 1.

<sup>75</sup> COM (2020) 217 final, p. 16. La Comisión enmarca los esfuerzos para reforzar los regímenes de recuperación de activos, en su contexto político y social, destacando las repercusiones de la delincuencia organizada no solo en sus víctimas directas, sino también en el mercado interior de la UE, en la confianza del público en la neutralidad y eficacia de las instituciones públicas y, en última instancia, en el Estado de Derecho. Ante esta situación, tanto la UE como los Estados miembros debían seguir trabajando para aumentar los niveles de eficacia y decomiso en toda la UE.

<sup>76</sup> Publicado en inglés con el título “Analysis of non-conviction based confiscation measures in then European Union”, SWD (2019) 1050 de 12.4.2019.

el modelo previsto en el apartado 2 del art. 4 Directiva 2014/42/UE, a los que han incluido “medidas más ambiciosas”, entre la que la Comisión destaca las “causas dirigidas contra los propios activos ilícitos (en acciones reales)” y las “medidas patrimoniales no justificadas”<sup>77</sup>, si bien son minoritarios los Estados miembros que prevén esas “medidas más ambiciosas”<sup>78</sup>. Como destaca la Comisión, mientras que “el decomiso clásico no basado en una condena se basa, casi exclusivamente, en el Derecho penal, las acciones reales o contra patrimonio de origen no justificado se pueden aplicar en procedimientos penales, civiles o administrativos”<sup>79</sup>.

Una de las mayores preocupaciones cuando se aborda el decomiso no basado en condena es el respeto de los derechos fundamentales<sup>80</sup>. En particular, la ausencia de una condena penal plantea cuestiones relacionadas con el derecho a un juicio justo, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y el derecho a la propiedad. Para despejar las dudas sobre el respeto de los derechos fundamentales que estas medidas han generado a lo largo de los años, la Comisión señaló en el Informe de 2020, que el análisis sobre el decomiso no basado en condena llevado a cabo en el citado documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2019, concluyó “que los regímenes de decomiso no basado en condena más ambiciosos y sólidos pueden

<sup>77</sup> SWD (2019) 1050, p. 15. Se parte en este documento de los cuatro modelos de decomiso no basado en condena inspirados en la Guía de tipologías de decomiso sin condena desarrollada por la Red CARIN. Modelo 1: decomiso clásico sin condena, en los casos en los que el decomiso no es posible sobre la base de una condena firme, y, si bien se ha iniciado el procedimiento contra el infractor, no se puede concluir, al no poder ser llevado el infractor ante el tribunal ni condenado ya sea porque se ha muerto, porque se ha dado a la fuga o porque el tribunal lo considera no apto para el enjuiciamiento debido a su inmunidad, edad o estado mental. Modelo 2: el decomiso ampliado permite el decomiso de bienes que no están conectados con el delito por el que se procesa al infractor, extendiéndose a otros bienes propiedad del acusado. Modelo 3: procedimientos *in rem*, en los que las acciones se dirigen contra los bienes y no contra las personas, con el fin de decomisar bienes obtenidos mediante conductas ilícitas. Modelo 4: modelo de patrimonio no explicado, en el que se comparan las propiedades que la persona ha adquirido con los ingresos declarados por ella, con el fin de identificar cualquier disparidad entre los dos, no siendo necesario establecer un vínculo, ni directo ni indirecto, con un delito determinante.

<sup>78</sup> Los modelos adoptados por los Estados miembros están previstos en el sumario de la legislación sobre decomiso no basado en condena en los Estados miembros, SWD (2019) 1050, pp. 18 y 19. En cuanto al modelo de España, p. 19, señala que en nuestro país tenemos además del modelo de decomiso no basado en condena (en casos de muerte, enfermedad, fuga, edad y prescripción), el decomiso ampliado, llamando la atención que en relación con el decomiso del patrimonio no explicado, señala que sí, pero no se puede confirmar (“YES (cannot confirm)”). Sobre el Reino Unido, país que aún pertenecía a la UE cuando se llevó a cabo el estudio de la Comisión, vid. BLANCO CORDERO, 2020, pp. 581 y ss., quien ya advertía sobre los problemas de compatibilidad de las UWO con los derechos humanos, o sobre el nivel de prueba, y ello, sin que se tratasen de una nueva modalidad de decomiso, sino que tan sólo es una herramienta que permite investigar patrimonios no justificados, de manera que si no se ofrecía una explicación razonable se permite iniciar un procedimiento de decomiso civil.

<sup>79</sup> SWD (2019) 1050, p. 2. Como se aclara en el Informe de 2020, COM (2020) 217, p. 15, n.p.p. 22 y 23, en tanto que las acciones reales se inician para decomisar activos obtenidos mediante conductas ilícitas y van dirigidas contra los activos y no contra las personas; en el caso de las medidas patrimoniales no justificadas, no es necesario establecer un vínculo directo o indirecto con la infracción penal determinante, sino que, “Se comparan los bienes patrimoniales no justificados de la persona con sus rendimientos declarados con el fin de detectar la existencia de una diferencia entre ambos”, COM (2020) 217, p. 15.

<sup>80</sup> Sobre el decomiso y los derechos fundamentales, vid. SWD (2016) 468, Anexo 6, pp. 69 ss.

cumplir los requisitos en materia de derechos fundamentales establecidos por los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”<sup>81</sup>. En ese Documento de trabajo de 2019, además, se señaló que anclar el decomiso sin condena en los procedimientos penales, aseguraba la participación de autoridades judiciales en el proceso, lo que implica un alto nivel de garantías, mientras que los regímenes tradicionales de decomiso civil se basan en procedimientos específicos e instituciones para asegurar la garantía y la disponibilidad de las salvaguardas para las partes afectadas, concluyendo que resultaba claro que cualquier modelo reforzado de decomiso no basado en condena a nivel de la UE tendría que ir acompañado de fuertes garantías procesales<sup>82</sup>. En este Documento de trabajo de 2019, también se puso de manifiesto que, si bien los procedimientos *in rem* y los de patrimonio inexplotable pueden satisfacer las garantías procesales, otra cuestión relevante es si pueden ser considerados como una acusación penal, remarcando que el TEDH está aplicando una interpretación autónoma del término “acusación penal”, que no necesariamente es igual al significado de este término en el Derecho nacional y en el Derecho de la UE<sup>83</sup>.

Volviendo al Informe de 2020, en él se destaca que varios Estados miembros cuentan con regímenes de decomiso no basado en condena más sólidos -basados bien en acciones reales o en causas contra el patrimonio de origen no justificado-, que han demostrado su eficacia. Entre las experiencias que “parecen especialmente prometedoras” cita los casos de Italia<sup>84</sup> y Alemania<sup>85</sup>, comprometiéndose la Comisión en el

<sup>81</sup> COM (2020) 217, pp. 15 y 16.

<sup>82</sup> SWD (2019) 1050, p. 9.

<sup>83</sup> SWD (2019) 1050, pp. 8 y 9.

<sup>84</sup> El sistema italiano era el que había demostrado su eficacia y, además, había sido examinado por el TEDH, que confirmó que respetaba las garantías procesales del art. 6 CEDH. Vid. SWD (2019) 1050, p. 9. El sistema italiano se corresponde con los modelos 1, 2 y 4 de decomiso no basado en condena. En Italia opera un sistema de decomiso preventivo (confisca di prevenzione) en el que se requiere probar el “peligro social” de la persona que ha obtenido la propiedad en un proceso independiente del proceso penal, basándose las órdenes de decomiso en pruebas examinadas de acuerdo con las mismas reglas que se aplican a la prueba penal en sentido estricto, que prueban que la persona obtuvo la propiedad por ser “peligrosa para la sociedad”. Los procedimientos de decomiso preventivo pueden iniciarse contra una persona no condenada o una persona condenada SWD (2019) 1050, pp. 9, 14 y 15. Sobre el decomiso preventivo, sus presupuestos y la jurisprudencia sobre el mismo, vid. MAUGERI, 2020, pp. 521 ss.; y el interesante trabajo de DI LELLO FINUOLI, 2021, *passim*. En ambos trabajos se analiza la peligrosidad social, así como la Sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso Tommaso vs. Italia, de 23 de febrero de 2017, rec. N. 43395/09, en la que se cuestionó la categoría de personas sujetas a peligrosidad genérica; así como la Sentencia de la Corte Constitucional n. 24/2019, en la que se declaró la ilegitimidad de la categoría de sujetos con peligrosidad genérica del art.1.1º a) del Decreto Legislativo 159/11, es decir, los que “deben ser considerados, sobre la base de elementos de hecho, habitualmente dedicados al tráfico delictivo”.

<sup>85</sup> En el momento de elaborar el Documento de trabajo de 2019, se carecía de datos sobre la eficacia del modelo alemán, pues entró en vigor el 1 de julio de 2017; si bien se destaca en la página 7 que los legisladores alemanes han anclado el nuevo régimen de decomiso en el derecho penal y en el procedimiento penal, por lo que, cabe inferir, que considera que es de carácter penal. La regulación alemana comprende un régimen de decomiso sin condena que se corresponde con el modelo 1 que cubre los casos de enfermedad, muerte y fuga de las personas sospechosas/acusadas; con el modelo 2, pues el decomiso ampliado se aplica a todos los delitos, sin restricciones; y, en casos de crimen organizado y terrorismo, se cambia la carga de la prueba para los activos de origen incierto, correspondiéndole al sospechoso/acusado demostrar el origen lícito de los activos

citado Informe de 2020, a seguir analizando hasta qué punto estos modelos podrían servir de orientación para un posible “futuro régimen europeo de decomiso no basado en condena”<sup>86</sup>. Ambos modelos, en opinión de los servicios de trabajo de la Comisión, representaban enfoques modernos de cómo dar forma a regímenes de decomiso no basados en condena que prometen tasas de decomiso más altas mientras que se anclan en procesos penales<sup>87</sup>, en la medida en que ambos son ejemplos de cómo los sistemas anclados en el derecho penal pueden incluir elementos híbridos para fortalecer los regímenes de decomiso, al prever tanto conceptos de regímenes de procedimiento *in rem* como de patrimonio inexplicado<sup>88</sup>.

#### a. Requisitos

La Comisión ha optado en el apartado 1 del art. 15 PD por prever el decomiso no basado en sentencia condenatoria en más casos que los previstos actualmente en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE. Así, además de contemplarlo en los casos de enfermedad<sup>89</sup> o fuga del sospecho o acusado<sup>90</sup>, el decomiso de instrumentos y productos o bienes transferidos a terceros a efectos de lo dispuesto en el art. 13 PD, se podrá acordar también en los casos en que se hayan incoado procedimientos penales que no hayan podido continuar debido a otras circunstancias: fallecimiento del sospechoso o acusado (letra c del apartado 1 del art. 15 PD)<sup>91</sup>; cuando el sospechoso o

pues, de lo contrario, los activos pueden ser decomisados sin una condena penal (SWD (2019) 1050, p. 14). Sobre la regulación alemana, vid. CARRILLO DEL TESO, 2020, pp. 541 ss. Esta autora, 2021, pp. 121 y 136 y ss., habla de “los nuevos no-límites del decomiso en el entorno europeo”, y, plantea, como una hipótesis de futuro en clave de derecho comparado, la posible ampliación *ad infinitum* del ámbito de aplicación del decomiso dentro del marco europeo, siguiendo el modelo alemán.

<sup>86</sup> COM (2020) 217, p. 16.

<sup>87</sup> SWD (2019) 1050, p. 9.

<sup>88</sup> Como cambios clave en el modelo alemán a través de las reformas del StGB y del StPO, en el Documento de trabajo, SWD (2019) 1050, p. 7, se destaca que un activo puede ser decomisado si se asegura que basta que el bien pueda vincularse a un delito y que el imputado no pueda ser condenado o procesado por ese delito; y, que, en caso de delitos de delincuencia organizada, puede ser decomisado el patrimonio no explicado independientemente de un delito determinante (vid. § 76a Selbständige Einziehung StGB); así como la inclusión de disposiciones especiales para abordar las cuestiones de prueba.

<sup>89</sup> En el considerando 27 de la PD, se aclara qué debe entenderse por “enfermedad” a los efectos de la misma, en los mismos términos que en el considerando 16 Directiva 2014/42/UE, si bien, a diferencia de ésta, no se alude a que los Estados miembros puedan exigir a los sospechosos o acusados que demuestren que están enfermos, por ejemplo, a través de un certificado médico. En el texto del Consejo, se ha incluido una aclaración, innecesaria desde nuestro punto de vista, con el evidente fin de limitar los casos en los que cabe acordar esta modalidad de decomiso por concurrir la circunstancia de enfermedad, para excluir de esta categoría, aquellos “casos en los que una enfermedad sólo de lugar a una suspensión temporal del proceso penal, que podrá continuar después de dicha suspensión”.

<sup>90</sup> En el considerando 26 del texto del Consejo, se aclara, en términos parecidos a los del considerando 15 Directiva 2014/42/UE, tanto que, en los casos de enfermedad o fuga, la existencia en los Estados miembros de procedimientos en ausencia del acusado sería suficiente para cumplir la obligación; como que, en los casos en los que el sospechoso se haya fugado, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas razonables y pueden exigir que se cite a la persona que se trate o que se ponga en su conocimiento el procedimiento de decomiso.

<sup>91</sup> En 17 Estados miembros se cubre el decomiso en caso de muerte del sospechoso o acusado, ya sea mediante procedimientos del modelo 1 (decomiso no basado en condena) o 3 (procedimiento *in rem*), SWD (2019) 1050, p. 6.

acusado no pueda considerarse responsable debido a una inmunidad penal o amnistía según la legislación nacional (letras d) y e) del apartado 1 del art. 15 PD); o cuando hayan expirado los plazos fijados por la legislación nacional (letra f) del apartado 1 del art. 15 PD). Como podemos comprobar, se recupera la causa del fallecimiento que estaba prevista en la propuesta de Directiva de 2012<sup>92</sup>, y se amplía a los casos de inmunidad y amnistía, tal y como se viene recomendando desde hace años desde distintas instancias<sup>93</sup>. También se prevé el decomiso en aquellos casos en los que haya expirado los plazos fijados en las respectivas legislaciones nacionales, “cuando dichos plazos no sean lo suficientemente prolongados para permitir la investigación y el enjuiciamiento efectivos de las infracciones penales pertinentes” (letra f del apartado 1 del art. 15 PD). En relación con las nuevas situaciones en las que se puede acordar el decomiso no basado en una sentencia condenatoria, el CESE ha reconocido los esfuerzos de la Comisión para imponer límites, ya que pueden dar lugar tanto a abusos como utilizarse con fines de acoso o persecución<sup>94</sup>.

No obstante, en el texto del Consejo, la redacción del apartado 1 del art. 15 PD, y, por ende, las circunstancias en las que se puede acordar, sufre algunas modificaciones como veremos a continuación. En primer lugar, incluye una referencia expresa al apartado 2 del art. 12 PD, con el fin de despejar cualquier duda sobre el si también puede recaer sobre los bienes por valor equivalente. En segundo lugar, precediendo a la enumeración de circunstancias, se ha incluido la expresión “al menos”, denotando así que no se trata de una enumeración cerrada. En tercer lugar, se suprimen las circunstancias relativas a la inmunidad y a la amnistía previstas en las letras d) y e) del texto de la Comisión, por lo que, en el texto del Consejo, las circunstancias expresamente enumeradas se reducen a cuatro frente a las seis contempladas en el texto de la Comisión, si bien, a pesar de que el suprime la amnistía, en el considerando 26 PD del Consejo, se alude a la misma en los siguientes términos: “Se anima a los Estados miembros a permitir el decomiso también cuando no sea posible una sentencia condenatoria firme porque el sospechoso o acusado no pueda considerarse responsable debido a una amnistía concedida antes de la sentencia firme condenatoria, según lo previsto en el Derecho nacional”. En cuarto lugar, se da una nueva redacción a la circunstancia de la letra f), que se limita a la “expiración de los plazos de prescripción, fijados por la legislación nacional para las infracciones penales pertinentes tras la incoación del proceso penal”. La redacción propuesta por el Consejo permite, en nuestra opinión, alcanzar un mayor grado de armonización evitando la disparidad de circunstancias y la consiguiente ampliación de la modalidad de decomiso no basado en sentencia condenatoria que la interpretación de los condicionantes

<sup>92</sup> Vid. AGUADO-CORREA, 2014, p. 38.

<sup>93</sup> GREEMBERG/ SAMUEL/ WINGATE/GRAY, 2009, p. 11 s., quienes ya pusieron de manifiesto la variedad de contextos en los que el decomiso de activos sin condena era útil, entre las cuales se encontraban los casos de inmunidad.

<sup>94</sup> DO C100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.6.



de esta circunstancia pueda traer consigo en cada uno de los Estados miembros, dado los términos tan ambiguos en los que está redactada la circunstancia de expiración de plazos en el texto de la Comisión y que, en nuestra opinión, no respetan las garantías derivadas del principio de legalidad del art. 49 TFUE: ¿qué hay que entender por “plazos suficientemente prolongados”?; o ¿cuándo se entiende que dichos plazos no son suficientemente prolongados para permitir la investigación y enjuiciamientos efectivos de las infracciones penales pertinentes?<sup>95</sup>

#### b. Condiciones

Conscientes de los reparos que estas nuevas circunstancias puedan generar desde el punto de vista de las garantías y del principio de proporcionalidad, para acordar el decomiso sin sentencia condenatoria se incluyen algunas condiciones nuevas. Así, en el apartado 2 del art. 15 PD se limita a aquellos casos en los que las infracciones penales puedan dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial, requisito este último que no se prevé en el art. 4.2 Directiva 2014/42/UE, ni tampoco en el texto de la propuesta de Directiva aprobada por el Consejo. Por otra parte, esta modalidad de decomiso sin sentencia condenatoria únicamente se puede acordar en la medida en que el “órgano jurisdiccional haya resuelto que concurren todos los elementos de la infracción”; en tanto que el apartado 2 del art. 4 Directiva 2014/42/UE, habla de los casos “en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio” (*in fine*), redacción ésta última que se acerca más a la aprobada por el Consejo para este apartado 2 del art. 15 PD: “...casos en los que el proceso penal podría haber conducido a una condena penal de no haberse dado las circunstancias mencionadas en el apartado 1...”. Desde nuestro punto de vista, la redacción del Consejo resulta, de nuevo, menos confusa y perturbadora que la expresión “todos los elementos de la infracción”, propuesta por la Comisión.

#### c. Derechos de defensa

En el apartado 3 del art. 15 PD, en los mismos términos que en el apartado 4 del art. 16 PD para el decomiso de patrimonio no explicado, se contempla la necesidad de garantizar que se respeten los derechos de defensa de la persona afectada antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución de decomiso, concediendo, en particular, acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho. Aun cuando este apartado 3 ha sido suprimido en el texto del Consejo, su contenido se ha reubicado en el nuevo apartado 1 bis del art. 23 “Recursos” PD, recordándose en el considerando 26 de ambos textos de la propuesta de

<sup>95</sup> Sobre las distintas interpretaciones de “enjuiciamiento efectivo” y “plazos de investigación”, FARTO PIAY, 2023, p. 21. Vid. art. 324 LECr.



Directiva, que “No debe menoscabarse el derecho del demandado a ser informado del procedimiento y estar representado por un abogado”.

#### d. *Ámbito de aplicación*

El cambio más importante, motivado por consideraciones de proporcionalidad (considerando 26 PD), se contempla en el apartado 4 de este art. 15 PD, en el que, a efectos de lo dispuesto en el mismo, se señala que el concepto de infracción penal incluiría los delitos contemplados en el ámbito de aplicación de la futura Directiva (art. 2 PD), cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de al menos cuatro años. No obstante, en el texto aprobado por el Consejo esta limitación del ámbito de aplicación a los delitos graves ha sido suprimida en relación con esta modalidad de decomiso no basado en sentencia condenatoria, si bien el Consejo la ha incluido, como vimos anteriormente, en relación con el decomiso ampliado (art. 14. 3 PD).

### 5. *Decomiso de patrimonio no explicado*

La regulación de esta nueva modalidad de decomiso ha sufrido una profunda modificación en el texto aprobado por el Consejo con el fin de reforzarla, comenzando por su denominación, por lo que hemos considerado oportuno ocuparnos del mismo en dos epígrafes: en el primero nos ocuparemos del decomiso de patrimonio no explicado vinculado actividades delictivas del texto de la Comisión; en el segundo del decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos del texto del Consejo.

#### 5.1. *Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas*

##### a. *Justificación y ámbito de aplicación*

Esta modalidad de decomiso constituye una de las principales novedades contempladas en la propuesta de Directiva. Con ella, la Comisión pone el “broche final” a su política de tolerancia cero con el dinero ilícito”, constituyendo esta “modalidad de cierre del sistema”<sup>96</sup>, la máxima expresión del principio que rige la actual política europea de la recuperación de activos y que no es otro que “garantizar que el delito no resulte rentable”, y, añadimos nosotros, a cualquier precio, sin respetar la proporcionalidad ni los derechos de las personas afectadas.

Cuando la Comisión aborda la explicación detallada de las disposiciones específicas, aclara que en este precepto se “introduce una nueva posibilidad de decomiso cuando los activos se embarguen sobre la base de sospechas de implicación en actividades de delincuencia organizada y cuando no sea posible el decomiso con arreglo

<sup>96</sup> FARTO PIAY, 2023, p. 17.

a otras disposiciones de la Directiva”<sup>97</sup>. Nos encontramos, por lo tanto, ante una especie de “decomiso subsidiario” o “decomiso por descarte” del resto de las modalidades de decomiso que le preceden en los artículos 12 a 15 PD, como se deduce del tenor literal del apartado 1 del art. 16 PD: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los arts. 12 a 15...”. En el considerando 28, la Comisión justifica la previsión de esta nueva modalidad de decomiso en los siguientes términos: “Debido a la naturaleza intrínsecamente opaca de la delincuencia organizada, no siempre es posible establecer una relación entre los bienes derivados de actividades delictivas y un delito específico y confiscar dichos bienes. En este tipo de situación debe ser posible el decomiso bajo determinadas condiciones, en particular: que el embargo se base en sospechas de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva, que dichos delitos puedan generar ventajas económicas sustanciales y que el órgano jurisdiccional haya resuelto que los bienes embargados proceden de actividades delictivas realizadas en el marco de una organización delictiva”.

#### b. Diferencias y coincidencias con otras modalidades de decomiso

Respecto de la modalidad de decomiso sin sentencia condenatoria prevista en el art. 15 PD, la principal diferencia radica en que en tanto que éste se exige que se haya incoado un procedimiento penal contra un sospechoso o acusado que no haya podido continuar debido a algunas de las circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 15 PD; en el art. 16 PD, se configura una modalidad de decomiso de patrimonio no explicado, en la que basta con que se hayan embargado bienes en el curso de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización criminal, y el órgano jurisdiccional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva.

Pero también esta modalidad de decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas (art. 16 PD), comparte, en el texto presentado por la Comisión, requisitos y garantías con el decomiso no basado en sentencia condenatoria (art. 15 PD). Con esta modalidad comparte la definición de “infracción penal”, abarcando todos los delitos contemplados en el ámbito de aplicación de la futura Directiva (art. 2 PD) que lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, si bien debe tenerse presente que, para el decomiso de patrimonio no explicado, se exige, además, que se trate de “infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva” (art. 16, apartado 1 letras a) y c) PD). Asimismo, para acordar ambas modalidades de decomiso, se exige como condición que se trate de infracciones penales que “puedan dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial” (art. 15 apartado 2 PD/art. 16 apartado 1 letra c) PD). No obstante, como vimos, en el texto aprobado por el Consejo, en la regulación

<sup>97</sup> COM (2022) 245, p. 14.

del decomiso no basado en sentencia condenatoria se ha suprimido el adjetivo “sustancial”, limitándose esta forma de decomiso a “aquellos casos en los que el proceso penal podría haber conducido a una condena penal de no haberse dado las circunstancias mencionadas en el apartado 1 y a las infracciones penales puedan dar lugar directa o indirectamente a una ventaja económica”.

El término “sustancial” también es el que determina algunas diferencias del decomiso del patrimonio no explicado del art. 16 PD con el decomiso ampliado del art. 14 PD, al estar presente en el primero de los preceptos y ausente en el segundo. Así, en el decomiso del patrimonio no explicado se prevé en dos ocasiones: la primera de ellas, al prever que una de las condiciones que debe reunir la infracción penal es que pueda dar a una “ventaja económica sustancial” (art. 16 apartado 1 letra c) PD); la segunda vez, en el apartado 2 del art. 16 PD, cuando se refiere al criterio de la desproporción del valor del bien, en los siguientes términos: “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor de los bienes sea sustancialmente desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos del autor”<sup>98</sup>. Para saber qué hay que entender por “ventaja sustancial” (substantial economic benefit) debemos acudir al considerando 28 PD, en el que se aclara que “A la hora de determinar si los delitos pueden dar lugar a beneficios significativos, los Estados miembros deben atender a todas las circunstancias pertinentes del delito y, en particular, a si las actividades delictivas se han cometido con la intención de generar regularmente ventajas sustanciales. Si bien no debe ser requisito previo para que el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que se ha cometido una infracción penal, el órgano jurisdiccional debe resolver que los bienes en cuestión proceden de infracciones penales”. Asimismo cabe destacar que en la traducción al español del considerando 28 del texto de la PD presentado por la Comisión se ha traducido “substantial benefits” como “beneficios significativos” y no como “ventajas sustanciales”, tal y como se ha procedido en el resto de ocasiones en el que se utiliza el término “substantial benefits” a lo largo del texto de la PD y en el texto presentado por la Presidencia del Consejo al Comité de Representantes Permanentes/Consejo, por lo que se debería corregir la traducción<sup>99</sup>.

### c. Derechos de defensa

Conscientes de la injerencia en los derechos de las personas afectadas por este decomiso, en el apartado 4 del art. 16 PD (decomiso de patrimonio no explicado), y en los mismos términos que los utilizados en el apartado 3 del art. 15 PD (decomiso

<sup>98</sup> En tanto que en el apartado 1 del art. 14 PD se requiere que dicha infracción penal pueda dar lugar a una “ventaja económica”; en el apartado 2 del art. 14 PD, para determinar que los bienes en cuestión sujetos a decomiso ampliado proceden de una actividad delictiva, se prevé que “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarde proporción con los ingresos ilícitos de la persona condenada”.

<sup>99</sup> No es lo mismo beneficio que ventaja, vid. AGUADO-CORREA, 2015<sup>a</sup>, p. 11, n.p.p. 40. También se ha traducido “substantial profits” como “ventajas sustanciales”.

no basado en sentencia condenatoria), se prevé que los Estados velarán por que, antes de que dicte la resolución de decomiso, “se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho”, contenido que ha sido reubicado en el texto del Consejo en el nuevo apartado 1 bis del art. 23 “Recursos” PD, en los términos que veremos en el siguiente epígrafe<sup>100</sup>. Ahondando en este aspecto, la Comisión señala que a la hora de determinar si los bienes en cuestión proceden o no de actividades delictivas, los “Estados miembros deben estipular y garantizar al titular la posibilidad efectiva de demostrar que el bien en cuestión procede de actividades lícitas” (considerando 28 *in fine* PD). No obstante, el CESE considera insuficientes las garantías previstas en relación con esta modalidad de decomiso, y exige más garantías “para excluir todo posible abuso durante el procedimiento”. En opinión del CESE, la propuesta de Directiva debería incluir “normas relativas a los derechos y garantías procesales de los acusados y asegurarse de que los jueces y tribunales dispongan de una formación adecuada”<sup>101</sup>.

## 5.2. *Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos*

Como ya hemos advertido anteriormente, la regulación de esta nueva modalidad de decomiso ha sufrido una profunda modificación en el texto aprobado por el Consejo con el fin de reforzarla, comenzando por su denominación, ya que se sustituye el sustantivo “actividades” por el de “comportamientos”.

### a. Requisitos

Según lo dispuesto en la nueva redacción del apartado 1 del art. 16 PD del Consejo, “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes identificados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal cuando el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que proceden de comportamientos delictivos, como mínimo cuando estos comportamientos puedan dar lugar directa o indirectamente a una ventaja económica sustancial y se hayan registrado en el marco de una organización delictiva”.

El uso de la expresión “como mínimo”, denota que el Consejo pretende habilitar a los Estados miembros a utilizar esta modalidad de decomiso también cuando esos comportamientos delictivos puedan dar lugar a una ventaja económica sin que sea necesario que, revista el carácter de sustancial, tal y como ha previsto en relación con el decomiso no basado en sentencia condenatoria (art. 15, apartado 2 PD) y para la modalidad de decomiso ampliado (art. 14 apartado 1 PD). Tanto es así, que, en los

<sup>100</sup> El contenido de estos apartados ha sido suprimido en el texto aprobado por el Consejo. En cuanto al decomiso no basado en sentencia condenatoria, se suprime dicho apartado, pasando a constar el art. 15 PD en el texto del Consejo de dos apartados; en tanto que el apartado 4 del art. 16 PD Consejo, tiene un contenido nuevo.

<sup>101</sup> DO C100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.7.

considerandos del texto aprobado por el Consejo, no encontramos una aclaración como la incluida en el considerando 28 PD de la Comisión sobre qué debe entenderse por “ventaja sustancial”<sup>102</sup> en el caso del decomiso de patrimonio no explicado, sino que en el considerando 28 ter de la PD del Consejo, se aclara, para todas las modalidades de decomiso, que “A la hora de determinar si una infracción penal o un comportamiento delictivo puede dar lugar a una ventaja económica, los Estados miembros podrán tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, incluido el *modus operandi*, por ejemplo en caso de que una de las condiciones del delito consista en que se haya cometido en el contexto de la delincuencia organizada o con la intención de generar beneficios periódicos procedentes de infracciones penales”<sup>103</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que el requisito de que estos comportamientos delictivos se “hayan registrado en el marco de una organización delictiva” queda diluido, a la vista de los términos en los que está redactada la nueva circunstancia que puede tenerse en cuenta, entre otras, a la hora de determinar si se deben decomisar los bienes, a saber, “que la persona esté vinculada a personas vinculadas a su vez a una organización delictiva”. Se posibilita así no solo el decomiso del patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos de personas vinculadas a organizaciones delictivas, sino también del patrimonio de aquellas personas vinculadas a personas vinculadas a su vez a organizaciones delictivas. ¿Qué grado de vinculación a esas personas hay que exigir? ¿y qué grado de vinculación de esas personas vinculadas a su vez a organizaciones delictivas con estas organizaciones delictivas? La conexión con un comportamiento delictivo no es ni siquiera indirecta sino más bien remota, la seguridad jurídica brilla por su ausencia.

#### b. Circunstancias para determinar si se deben decomisar los bienes

En el texto del Consejo también se ha modificado la redacción del apartado 2 del art. 16 PD para adecuarla al cambio previsto en los presupuestos. Las circunstancias en él previstas serán de aplicación a la hora de determinar si se deben decomisar los bienes a los que se refiere el apartado 1, y no para determinar si los bienes embargados proceden de una actividad delictiva. También se enumeran expresamente dos circunstancias más junto a la circunstancia relativa al valor de los bienes sustancialmente desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos de la persona afectada<sup>104</sup>, prevista en el texto aprobado por la Comisión. Junto con ésta y, a modo de ejemplo,

<sup>102</sup> Ha sido traducida al español como beneficios significativos.

<sup>103</sup> Como podemos comprobar, este considerando 28-b PD Consejo, está redactado en términos parecidos a los previstos en el considerando 20 Directiva 2014/42/UE, si bien se pueden destacar dos diferencias entre ellos: en el texto del considerando 28 ter PD se añade que “podrán tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes” (en el texto final en versión inglesa (Documento 10347/23, p. 23, se corresponde con el considerando 28-b); y también se suprime la aclaración prevista en el considerando 20 *in fine* Directiva 2014/42/UE: “No obstante, esto no debería, en general, menoscabar la posibilidad de recurrir al decomiso ampliado”.

<sup>104</sup> En el texto presentado por la Comisión, se alude a los ingresos lícitos del titular del bien, pero en el del Consejo se sustituye titular del bien por persona afectada, pues este decomiso puede afectar a personas distintas a los titulares del bien.

(“que pueden ser, entre otras y, cuando proceda, las siguientes...”), se enumeran dos circunstancias más: “que el bien no tenga una procedencia lícita verosímil”, “ya que la procedencia de un bien adquirido legalmente normalmente puede justificarse” (considerando 28-a PD del Consejo); y “que la persona esté vinculada a personas vinculadas a su vez a una organización” porque “La relación de la persona con personas vinculadas a una organización delictiva también podría ser pertinente” (considerando 28-a PD del Consejo). Esta circunstancia basada en la vinculación de la persona a personas vinculadas a su vez a una organización delictiva, nos recuerda a dos de las ideas sometidas a debate por la Comisión en su primera hoja de ruta de 2008 sobre la recuperación y decomiso de activos: el decomiso no basado en condena (decomiso civil) y el delito de posesión de bienes injustificados. A través de la figura del decomiso sin condena penal (decomiso civil), la Comisión pretendía incorporar al Derecho europeo la Recomendación nº 3 del GAFI relativa a la previsión de medidas de incautación “sin que se requiera una condena penal o que requieren que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso”<sup>105</sup>. En concreto, en relación con el decomiso sin condena penal (decomiso civil), se proponía en el inciso i), “Cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría acordar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En este caso se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el presunto origen lícito de sus bienes”. Esta circunstancia de contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas también estaba presente en la idea de la creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes injustificados, a la vista de los resultados obtenidos en Francia con el delito previsto en el art. 321-6 CP francés. Con la idea de la creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes “injustificados”<sup>106</sup>, la Comisión pretendía perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su “valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas”<sup>107</sup>. Y nada tiene que ver este delito de posesión de bienes injustificados, con el nuevo delito de enriquecimiento ilícito del art. 438 bis CP, a pesar de que el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los

<sup>105</sup> En la versión de las Recomendaciones de 2012, revisadas en octubre de 2020, se corresponde con la Recomendación nº 4.

<sup>106</sup> COM (2008) 766, p. 8.

<sup>107</sup> Destacaba la Comisión, COM (2008) 766, p. 8.



delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, el legislador justificó esta incorporación, entre otros, en base a las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión de 2008, en los siguientes términos: “España incorpora así una figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción siguiendo diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas, entre las que destacan la de Naciones Unidas a través de la Convención contra la Corrupción del año 2003, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados para luchar contra la criminalidad organizada, así como el anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito...”.

Volviendo al texto de la propuesta de Directiva, el Consejo, consciente de que el uso indiscriminado de esta forma de decomiso puede vulnerar derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, en el considerando 28-a del texto aprobado por el Consejo, tras afirmar que “La evaluación debe realizarse caso por caso, en función de las circunstancias del caso”, intenta limitar su uso a través de la siguiente afirmación: “El mecanismo de decomiso de patrimonio no explicado no está destinado a utilizarse cuando, en un caso concreto, la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva sería manifiestamente irrazonable o desproporcionada”. En este intento de limitar esta nueva modalidad de decomiso -al igual que ya se prevé en el considerando 21 Directiva 2014/42/UE y en el considerando 25 del texto del Consejo, en relación con el decomiso ampliado- en el considerando 28-a se señala que los Estados miembros “también pueden establecer un determinado plazo durante el cual pueda considerarse que el bien procede de tal comportamiento delictivo”.

### c. Ámbito de aplicación

En cuanto a su ámbito de aplicación, no varía, pues en el apartado 3 se sigue previendo que, a efectos de este artículo, por “infracciones penales” se entienden los delitos contemplados en el art. 2 PD -eso sí, se incluye la referencia a los apartados 1 a 4 del art. 2 PD- cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años. Como podemos comprobar, la redacción de este apartado es idéntica a la del apartado 3 del art. 14 PD (decomiso ampliado) prevista en el texto del Consejo, de manera que, ambas modalidades de decomiso, se aplicarán “al menos” a los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la futura Directiva, cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de al menos cuatro años. En el considerando 28 PD del Consejo, se señala que “Los Estados miembros deben permitir el decomiso de este patrimonio no explicado cuando la investigación en la que se hayan identificado los bienes se refiera a un delito comprendido en el ámbito de aplicación de la presente Directiva que lleve aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años. Estas condiciones deben garantizar que el decomiso de bienes

no vinculados a un delito específico por el que se haya condenado a su titular se limite a bienes derivados de comportamientos delictivos que sean de carácter grave”.

#### d. Condiciones

En cuanto a las condiciones para acordar este decomiso de patrimonio no explicado, el Consejo reubica la cláusula de subsidiariedad respecto del resto de modalidades (“cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los artículos 12 a 15”), en el apartado 4 del art. 16 PD, a la par que suprime la cláusula relativa al respeto de los derechos de defensa de la persona afectada, prevista en el apartado 4 del art. 16 PD en el texto presentado por la Comisión.

La reubicación de la cláusula de subsidiariedad va acompañada de cambios en cuanto a los supuestos en los que cabe acordar el decomiso de patrimonio no explicado, como se deduce de lo dispuesto en el apartado 4 art. 16 PD del Consejo: “4. Los Estados miembros podrán disponer, de forma alternativa o acumulativa, que el decomiso de patrimonio no explicado con arreglo al presente artículo solo se lleve a cabo cuando:

- no sea posible el decomiso con arreglo a los artículos 12 a 15;
- los bienes que deban decomisarse hayan sido embargados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal cometida en el marco de una organización delictiva”.

Como podemos comprobar, el Consejo ha modificado la redacción de las condiciones en las que se puede acordar el mismo, afectando la modificación principal a la condición prevista en la letra a) del art. 16.1. PD del texto de la Comisión, al dejar de ser requisito *sine qua non* para poder acordar este decomiso de patrimonio no explicado, que los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva. Aclara el Consejo en el considerando 28, que “Los Estados miembros deben poder limitar el decomiso de patrimonio no explicado estableciendo que dicho decomiso solo se lleve a cabo cuando no sean posibles otras formas de decomiso y, de forma alternativa, o acumulativa, cuando los bienes que deban decomisarse hayan sido embargados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal cometida en el marco de una organización criminal”. Ante la afectación/vulneración de derechos de los terceros que esta nueva modalidad de decomiso de patrimonio no explicado conlleva, finaliza dicho considerando manifestando que no debe perjudicar los derechos de los terceros de buena fe, cláusula de protección de los derechos de los terceros de buena fe que el Consejo ha incluido en el nuevo apartado “1<sup>a</sup>” del art. 16 PD, tras enumerar en el apartado 1 del art. 16 PD las condiciones en las que es posible dicho decomiso.

#### e. Nivel de prueba

En cuanto al grado de exigencia probatoria por lo que respecta al origen de los bienes, resultan de particular interés las manifestaciones contempladas en el nuevo

considerando 28-b PD Consejo, en el que se equipara, “en principio” el grado de exigencia probatoria del decomiso ampliado y el decomiso de patrimonio no explicado, de manera que, “Con arreglo a ambas disposiciones, el órgano jurisdiccional debe haber resuelto que el bien procede de comportamientos delictivos, si bien no es necesario que exista una sentencia condenatoria por tales comportamientos delictivos”<sup>108</sup>.

Siendo el grado de exigencia probatoria, “en principio, el mismo”, ¿en qué se diferencian el decomiso ampliado y el decomiso del patrimonio no explicado? Podría pensarse que la principal diferencia es la exigencia o no de una sentencia condenatoria por una infracción penal: en tanto que ésta se exige en el decomiso ampliado, por el contrario, dicha condena por una infracción penal no se exigiría en el decomiso de patrimonio no explicado. Pero la lectura del considerando 28-b PD, no avala esta primera impresión, por lo que hay que descartar que esa sea la diferencia. En este considerando 28-b PD se afirma: “Si bien la disposición sobre el decomiso ampliado solo es aplicable cuando una persona es condenada por una infracción penal, en cuyo caso los bienes pertenecientes a dicha persona pueden ser objeto de una resolución de decomiso cuando el órgano jurisdiccional haya resuelto que los bienes proceden de comportamientos delictivos, la disposición relativa al decomiso de patrimonio no explicado es aplicable con independencia del resultado de la investigación en relación con un delito que haya dado lugar a su aplicación”. Afirmando a continuación, “El decomiso de patrimonio no explicado debe ser posible cuando se interrumpa el proceso, independientemente del motivo, así como cuando el proceso de lugar a una sentencia”. Podríamos pensar que no se refiere a sentencias condenatorias sino a sentencias absolutorias, pero despeja la duda inmediatamente, cuando aclara que “En los casos de sentencia condenatoria, en principio, sería posible el decomiso ampliado o el decomiso de patrimonio no explicado”. ¿Y por qué modalidad de decomiso hay que decantarse? ¿Cuál tiene preferencia? Esa cuestión la deben decidir los Estados miembros, según se aclara en el considerando 28-b PD: “La presente Directiva no indica qué forma de decomiso debe tener preferencia, pero lo Estados miembros pueden hacerlo”. Se cierra este considerando 28-b PD, señalando que, “cuando se enjuicie el delito, la resolución de decomiso no debe necesariamente ser juzgada conjuntamente con el delito, sino que los Estados miembros también podrán permitir que la cuestión del decomiso se separe de los cargos penales y se juzgue por separado”. Es decir, el decomiso se puede juzgar en el proceso penal junto con el delito, o puede ser derivada a un proceso autónomo de decomiso, sin que en el considerando se haga

<sup>108</sup> En el considerando 28 del texto presentado por la Comisión, no se contempla ninguna manifestación como la que acabamos de reproducir, en cuanto al nivel de prueba. Las manifestaciones relativas a la prueba las encontramos tanto en la explicación detallada de esta disposición, en donde la Comisión afirmaba que “Únicamente debe permitir el decomiso de activos cuando el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que los activos en cuestión proceden de actividades delictivas” (COM (2022) 245, p. 14); como en el considerando 28 del texto presentado por la Comisión, en el que ya parece que se relaja el nivel de prueba.

alusión a la naturaleza de éste proceso autónomo de decomiso<sup>109</sup>, si bien hay que tener en cuenta que en la redacción del art. 1 PD aprobada por el Consejo, se señalaba que las disposiciones de la propuesta de Directiva, en la que se prevén normas mínimas sobre seguimiento, identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal, se entienden sin perjuicio de los procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para embargar y decomisar los bienes de los que se trate.

#### f. Garantías y proporcionalidad

Como ya advertimos, el CESE ha considerado insuficientes las garantías previstas en relación con esta modalidad de decomiso, y exige más garantías “para excluir todo posible abuso durante el procedimiento”. En su opinión, la propuesta de Directiva debería incluir “normas relativas a los derechos y garantías procesales de los acusados y asegurarse de que los jueces y tribunales dispongan de una formación adecuada”<sup>110</sup>. Siguiendo esta recomendación, el Consejo, en el considerando 28-a PD, recuerda a los Estados miembros la obligación de “garantizar el respeto de los derechos procesales adecuados de la persona afectada”. También modifica, con el fin de incluir “normas relativas a los derechos y garantías procesales”, las garantías del art. 23 PD, garantías que, a pesar del encabezado del mismo, van más allá de los recursos.

Cabe llamar la atención sobre dos cambios de redacción del apartado 1 del art. 23 PD en el texto del Consejo. El primero, en cuanto al ámbito de aplicación, que implica una reducción del ámbito objetivo, ya que mientras que en el texto de la Comisión se habla de “personas afectadas por las medidas previstas en la presente Directiva”; en el texto del Consejo, se reduce a las resoluciones de embargo (art. 11 PD) y de decomiso (arts. 11 a 16). El segundo, afecta a los derechos enumerados en este apartado 1 del art 23 PD, pues, en consonancia con la modificación relativa a la inclusión de un nuevo apartado 1 bis en el que se desarrolla los derechos a la defensa, el Consejo suprime la referencia al derecho a la defensa, contemplado en el art. 23 apartado 1 del texto de la Comisión. La importancia del respeto de estos derechos procesales y, en particular, de los derechos de defensa, queda reflejada en el nuevo apartado 1 bis del art. 23 PD. El Consejo, no se conforma con la declaración general sobre garantías contemplada en el apartado 1 del art. 23 PD<sup>111</sup>, relacionadas con el

<sup>109</sup> Ya en el apartado 4 del art. 3 (Potestades de decomiso ampliado) de la DM 2005/212/JAI, se preveía que los Estados miembros podrían recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate. En su considerando 6, se recordaba que en virtud del art.12 de la Convención de Palermo, los Estados parte podían considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso en la medida en que ello fuese conforme con los principios de su Derecho interno y con la índole del proceso judicial.

<sup>110</sup> DO C100, de 16.3.2023, p. 109, apartado 3.7.

<sup>111</sup> Cabe llamar la atención sobre dos cambios de redacción del apartado 1 del art. 23 PD en el texto del Consejo. El primero, en cuanto al ámbito de aplicación, que implica una reducción del ámbito objetivo, ya que mientras que en el texto de la Comisión se habla de “personas afectadas por las medidas previstas en la presente

derecho a una tutela judicial efectiva, con el derecho a la defensa y a un juicio justo de los que son titulares las personas afectadas por las resoluciones de embargo y decomiso, sino que va más allá y, en el nuevo apartado 1 bis del art. 23 PD, desarrolla los derechos de defensa de las personas afectadas por estas resoluciones, e incluso menciona el derecho a interpretación y traducción, en caso de que sea necesario, en los siguientes términos: “Los Estados miembros velarán por que los derechos de la defensa, que incluyen el acceso al expediente, el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de derecho y, en su caso, el derecho a la interpretación y traducción, se garanticen a las personas afectadas que sean sospechosas o estén acusadas, o a las que afecte un decomiso en virtud del art. 16”<sup>112</sup>.

Además, en el nuevo apartado 1 bis del art. 23 PD, se prevé que “Los Estados miembros podrán disponer que otras personas afectadas también disfruten de estos derechos”. La inclusión de esta aclaración, mediante la cual se pretende ampliar la garantía del respeto de derechos a “otras personas afectadas”, y, que en principio, pudiera pensarse que innecesaria al encontrarnos ante normas mínimas, denota que el Consejo es plenamente consciente de la limitación de los derechos de “otras personas afectadas” que conllevan las resoluciones de embargo y decomiso, así como de la vulneración derechos fundamentales que puede tener lugar si no quedan suficientemente garantizados estos derechos para “otras personas afectadas”. Tanto es así, que ha modificado la redacción del considerando 33, para reconocer que las resoluciones de embargo y decomiso afectan también, en determinados casos, a los derechos de otras personas no procesadas. Con carácter obligatorio, en este nuevo apartado 1 bis del art. 23 PD, se prevé para estas otras personas afectadas que, “En cualquier caso, los Estados miembros dispondrán del derecho al acceso al expediente, del derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho y de cualquier otro derecho procesal que sea necesario para ejercer efectivamente su derecho a la tutela judicial efectiva”. No obstante, a continuación, se prevé la posibilidad de que se limite el acceso a los documentos relacionados con las medidas de embargo o decomiso, “siempre que las personas afectadas puedan tener acceso a los documentos necesarios para ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva”. Una de cal y otra de arena.

El Consejo también ha modificado el apartado 4 del art. 23 PD dedicado a los recursos, unificando la regulación con independencia de la modalidad de decomiso,

Directiva”; en el texto del Consejo, se reduce a las resoluciones de embargo (art. 11 PD) y de decomiso (arts. 11 a 16). El segundo, afecta a los derechos enumerados en este apartado 1 del art 23 PD, pues, en consonancia con la modificación relativa a la inclusión de un nuevo apartado 1 bis en el que se desarrolla los derechos a la defensa, el Consejo suprime la referencia al derecho a la defensa, contemplado en el art. 23 apartado 1 del texto de la Comisión.

<sup>112</sup> Como hemos visto anteriormente, en el apartado 3 del art. 15 y en apartado 4 del art. 16 PD de la Comisión, en idénticos términos, se prevé que “los Estados miembros velarán por que se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho”.

con el fin de garantizar que la persona cuyos bienes se vean afectados tenga la posibilidad efectiva de recurrir la resolución de decomiso en virtud de los artículos 12 a 16 PD, y, en particular, la posibilidad de recurrir “las circunstancias pertinentes del asunto y las pruebas disponibles en las que se basan las conclusiones”<sup>113</sup>. A diferencia de la actual garantía de recurso frente a las resoluciones de decomiso (art. 8, apartado 6 Directiva 2014/42/UE), cabe destacar que en la propuesta de Directiva, tanto de la Comisión como del Consejo, se prevé, que las resoluciones de decomiso podrán ser recurridas, como hasta ahora, ante un órgano jurisdiccional, y, además, como novedad, se contempla que las resoluciones de decomiso puedan ser recurridas ante otra autoridad judicial con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional, tal y como se prevé actualmente únicamente en relación con las resoluciones de embargo (apartado 4 del art. 8 Directiva).

Por último, y por lo que aquí nos interesa, queremos hacer una breve mención a la “cláusula de proporcionalidad” y a la “cláusula de penuria injustificada”, contempladas en el apartado 5 del art. 23 PD<sup>114</sup>, cláusulas que únicamente afectan al decomiso. En cuanto a la primera, si bien cabe considerar muy positivo el novedoso reconocimiento expreso de la garantía de proporcionalidad en relación con la medida de decomiso, no creemos que la ubicación sea la más adecuada, al preverse en el precepto relativo a los recursos (art. 23 apartado 5 PD), y no solo porque la importancia de esta garantía amerita que se regule en un precepto aparte sino porque poco tiene que ver con el derecho a recurrir las resoluciones de decomiso. Además, debemos denunciar y mostrar nuestro más absoluto rechazo a la modificación aprobada por el Consejo consistente en que su previsión deja de ser obligatoria para los Estados miembros – en el texto de la Comisión se utiliza el verbo estipularán y en del Consejo “podrán prever”-, al implicar un importante retroceso. Por el contrario, constituye un avance que dicha cláusula permita no sólo que dicho decomiso no se acuerde cuando resulte desproporcionado, tal y como se prevé en el texto de la Comisión, sino también que abarque la ejecución, contemplando la posibilidad de que no se ejecute, en la medida en que resulte desproporcionado en relación con la infracción cometida o con la acusación contra la persona afectada por el decomiso. Una vez más, una de cal y otra de arena. En este apartado 5 del art. 23 PD también se contempla que los Estados miembros, podrán prever una “cláusula de penuria injustificada”, en virtud de la cual, y, “en circunstancias excepcionales, no se resuelva o no se ejecute el decomiso en la medida en que, de conformidad con el Derecho nacional, las personas afectadas puedan quedar en situación de penuria injustificada”. Aun cuando la inclusión de la misma entre las garantías, y no meramente en un considerando como en la

<sup>113</sup> Recuerda a la garantía del apartado 8 del art. 8 Directiva 2014/42/UE, en el que se prevé que en el procedimiento de decomiso ampliado (art. 5) la persona tendrá la posibilidad efectiva de impugnar las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles sobre cuya base se considere que el bien de que se trate procede de una actividad delictiva.

<sup>114</sup> GARRIDO CARRILLO, 2023, p. 344, habla de “cláusula de ajuste o de escape”.



Directiva 2014/42/UE (considerando 18), así como su extensión a la ejecución, debe ser valorada positivamente; no merece dicha valoración, sino, nuestro más absoluto rechazo, tanto el carácter facultativo con el que el Consejo la ha contemplado (“podrán prever”) frente al carácter obligatorio de la misma en el texto de la Comisión; así como su carácter excepcional (“en circunstancias excepcionales”).

## VI. Reflexiones finales

La actualización de la normativa sobre recuperación y decomiso de activos es muy necesaria a la vista del estrepitoso fracaso de la estrategia europea en materia de recuperación y decomiso de activos. La regulación en una sola norma de todas las fases de la recuperación de activos supone un gran avance al acabar con la dispersión normativa actual, pudiendo contribuir así a mejorar la ridícula tasa de recuperación de activos en los respectivos Estados miembros. La adopción de un enfoque integral, operativo y de dimensión mundial, dado el carácter transnacional de la delincuencia organizada y de los fenómenos delictivos asociados a ésta, es la clave para mejorar la eficiencia global y garantizar que el delito no sea rentable.

Se constata una ampliación del objeto de la futura Directiva, no solo por la inclusión de las medidas restrictivas de la Unión y la posterior recuperación de los bienes relacionados con el delito, sino también porque el objeto principal de la misma es establecer normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco del procedimiento en materia penal. Constituye un avance notable que las fases de embargo y decomiso dejen de ser las únicas protagonistas del proceso de recuperación de activos, y compartan protagonismo con el resto de fases de las que depende su éxito. La regulación en la misma norma de todas las fases del proceso de recuperación de activos con un enfoque internacional, es clave para mejorar los resultados.

Por otra parte, la ampliación del objeto de la futura Directiva a los bienes recuperados y decomisados en el “marco de un procedimiento penal”, permite favorecer el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, al utilizar el mismo concepto autónomo del Derecho de la Unión que el Reglamento 2018/1805, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones de embargo y decomiso.

Igualmente, dado el carácter “polidelictivo” de la delincuencia organizada, se amplía el ámbito de aplicación de la futura Directiva. Frente a las limitaciones del ámbito de aplicación previstas en la Directiva 2014/42/UE, se opta por una considerable ampliación de su ámbito de aplicación en un intento de no dejar fuera del mismo ninguna de los eurodelitos –se incluye el tráfico de armas–; de los ámbitos delictivos que han sido armonizados en el ámbito de la UE; así como a las infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva. Como hemos podido comprobar, el Consejo, en relación con éstas últimas, ha intentado limitar las mismas a través

de la inclusión de un umbral mínimo, si bien al tratarse de normas mínimas creemos que, una vez más, la mayoría de los Estados miembros optarán por aplicar las disposiciones a cualquier infracción penal cometida en el marco de una organización delictiva, y no solo a las infracciones que estén castigadas como máximo con penas privativas de libertad de al menos cuatro años.

En la propuesta de Directiva se potencia medidas de embargo y, en particular, las medidas inmediatas, con el fin de garantizar un posible decomiso. De la celeridad con la que se adopten las medidas de embargo depende el éxito del decomiso, de ahí la importancia del reconocimiento de la competencia de los organismos de recuperación de activos para adoptar las medidas inmediatas, pero no por ello se deben vulnerar los derechos de las personas afectas por las mismas, en particular, el derecho a la propiedad. Por ello, no está justificada la supresión por el Consejo del plazo de validez de 7 días de las medidas de temporales y urgentes de embargo previsto por la Comisión y que éstas puedan revestir la forma que decida cada Estado miembro. Es cierto que dado el carácter transnacional de la delincuencia organizada y el hecho de que los miembros residan en distintos Estados miembros puede dificultar la notificación de las resoluciones de embargo, pero la previsión de que se pueda notificar mediante un anuncio público cuando la notificación individual pueda suponer “una carga desproporcionada”, no es respetuosa con las garantías.

La propuesta de Directiva contempla un modelo de decomiso de patrimonio no explicado, expansivo y sin respetar los derechos fundamentales de las personas afectadas por esta nueva modalidad de decomiso. Con esta deriva hacia un modelo de decomiso de patrimonio no explicado expansivo, se pretende cerrar el círculo de la recuperación de activos y poner el “broche final” al proceso de recuperación y decomiso de activos, con el fin de garantizar que el delito no resulte provechoso, sin importar los derechos de las personas afectadas ni la existencia de un vínculo, aunque sea indirecto, con un comportamiento delictivo. En la redacción aprobada por el Consejo, la conexión de los activos con el comportamiento delictivo queda totalmente diluida. La regulación de las medidas de embargo y de las diferentes modalidades de comiso se justifican por la necesidad de hacer frente a las actividades de la delincuencia organizada, si bien el ámbito de aplicación de esta futura Directiva no se limita a la delincuencia organizada, por lo que, una vez más, prima la eficacia sobre cualquier otro tipo de consideraciones relacionadas con las garantías y los derechos fundamentales de las personas afectadas por el mismo.

La propuesta de Directiva pretende recuperar el tiempo perdido durante casi una década en materia de recuperación y decomiso de activos en la Unión Europea, a costa de la vulneración de derechos fundamentales y principios, como el de proporcionalidad. Garantizar que el delito no resulte rentable no se puede hacer a cualquier precio, y, menos aún, si ese precio conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales y de principios de las personas afectadas por las medidas, círculo de

personas que se ve considerablemente ampliado en la propuesta de Directiva. En esta ocasión, en la UE se ha seguido la máxima “más vale que sobre que falte”, y no precisamente en relación con las garantías que deberían presidir la regulación y aplicación de las medidas de embargo y decomiso previstas en la propuesta de Directiva, sino en relación con los supuestos en los que cabe acordar las medidas de embargo y decomiso, y, en particular, la “medida estrella” de la propuesta de Directiva, a saber, del decomiso de patrimonio no explicado. No todo vale para garantizar que el delito no resulte provechoso.

## Bibliografía

- AGUADO-CORREA, T. (2003), “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 05-04, pp. 1-24.
- AGUADO-CORREA, T. (2014), “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *Indret* nº1, pp. 1-56.
- AGUADO-CORREA, T. (2015a) “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, pp. 1-34.
- AGUADO-CORREA, T. (2015b), “Comentarios a los artículos 127 quinquies y sexies” en Gómez-Tomillo (dir.): *Comentarios prácticos al Código Penal. Parte General. Artículos 1 a 137*, Tomo I, Cizur Menor, 1031-1046.
- AGUADO-CORREA, T. (2021), “Siguiendo el rastro del dinero en la Unión Europea: Hacia un enfoque global, operativo e integrado”, en Zúñiga Rodríguez (dir.): *Nuevos desafíos frente a la criminalidad organizada transnacional y el terrorismo*, Madrid, pp. 187-215.
- AGUADO-CORREA, T. (2022), “Reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso: de la Ley 23/2014 al Reglamento (UE) 2018/1805. ¿Y la ley de adaptación al Reglamento (UE) 2018/1805, para cuándo?” en Mapelli Caffarena; Posada Pérez (coords.): *Análisis empírico y doctrinal de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales*, Cizur Menor, pp. 347-371.
- ANTUNES, M. J. (2020), “Recuperación de activos. Garantías procesales del decomiso de bienes en el derecho portugués”, en Berdugo Gómez de la Torre; Rodríguez García, (eds.): *Decomiso y recuperación de activos. Crimen doesn't pay*, Valencia, pp. 587-602.
- BLANCO CORDERO, I. (2017), “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42/UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea”, en De la Cuesta Arzamendi (ed.): *Adaptación del Derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Cizur Menor, pp. 429-510.
- BLANCO CORDERO, I. (2020), “Estrategias modernas de lucha contra las ganancias de origen delictivo: especial referencia a las *Unexplained Wealth Orders* del Reino Unido”, en Berdugo Gómez de la Torre; Rodríguez García, (eds.): *Decomiso y recuperación de activos. Crimen doesn't pay*, Valencia, pp. 561-586.

- CARRILLO DEL TESO, A. E. (2018), *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia.
- CARRILLO DEL TESO, A. E. (2020), “El nuevo régimen de decomiso en Alemania o la sublimación del principio *crimen doesn't pay*”, en Berdugo Gómez de la Torre; Rodríguez García, (eds.): *Decomiso y recuperación de activos. Crimen doesn't pay*, Valencia, pp. 541-560.
- CARRILLO DEL TESO, A. E. (2021), “Neutralización de la economía del crimen organizado: dónde estamos y hacia dónde vamos”, en Garrido Carrillo (dir.): *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Cizur Menor, pp. 121-146.
- CURA MARIANO, J. (2018), “A perda de bens de terceiro relacionados con o crime”, en Desterro Ferreira; Lopes Cardoso; Conde Correia (coord.): *O novo regime de recuperação de ativos á luz da Diretiva 2014/42/UE e da Ley que a transpôs*, Lisboa, pp. 137-184.
- DI LELLO FINUOLI, M. (2021), *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino.
- FARTO PIAY, T. (2021), *El proceso de decomiso autónomo*, Valencia.
- FARTO PIAY, T. (2023) “El decomiso autónomo en el Proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno”, *Revista General de Derecho Procesal* 60 (2023), pp. 1-42.
- GARRIDO CARRILLO, F. J. (2021), “Límites a una política de decomiso total en la lucha contra la delincuencia organizada. Derechos y garantías procesales en el sistema de indicios y en la inversión de la carga de la prueba”, en Garrido Carrillo (dir.): *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Cizur Menor, pp. 49-84.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2022), “Deficiencias y contradicciones del decomiso de terceros en la lucha contra el crimen organizado”, en Garrido Carrillo (dir.): *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Cizur Menor, pp. 343-380.
- GARRIDO CARRILLO, F. J. (2023), “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico 1, pp. 311-348.
- GREEMBERG, T; SAMUEL, L.M.; WINGATE, G; GRAY, L. (2019), *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Mayol Ediciones, Bogotá.
- PILLADO GONZÁLEZ, E. (2023), “Protección procesal del tercero afectado por el decomiso”, en *Revista de Estudios Europeos*, nº Extraordinario monográfico 1, pp. 384-415.
- MAUGERI, A. M. (2020), “La trasposición de la Directiva 2014/2/UE en Italia”, en Berdugo Gómez De La Torre/Rodríguez García, (eds.): *Decomiso y recuperación de activos. Crimen doesn't pay*, Valencia, pp. 499-540.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N (2017), *El decomiso de activos ilícitos*, Cizur Menor.

ROIG TORRES, M. (2016), “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 199-279.

URIARTE VALIENTE, L. (2022), “La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, a propósito de la STJUE de 21 de octubre de 2021”, *Diario La Ley*, nº 1004, Sección doctrina, (versión digital) pp. 1-9.