

Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos*

Outstanding issues on confiscation eight years later. The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation

FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Granada

fjgc@ugr.es

ORCID: 0000-0002-4000-0203

Recibido:30/10/2022. Aceptado: 30/11/2022.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monogr%C3%A1fico%201.2023.311-348>

Resumen: Ocho años después de la aprobación de la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE, no se han conseguido los resultados esperados y se han acreditado graves deficiencias que hay que superar. Por esta razón, las instituciones comunitarias han presentado el pasado 25 de mayo de 2022, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y Decomiso de activos, que supone una profunda transformación de la institución y constituye a su vez una nueva oportunidad para el legislador nacional de adecuar y reformar la normativa interna, superando las insuficiencias y excesos que se produjeron con la primera transposición.

Palabras clave: embargo y decomiso de activos; recuperación y gestión de activos; propuesta de directiva de decomiso.

* Este trabajo ha sido realizado en el ámbito de los Proyectos: Acción Jean Monnet, Lucha contra la delincuencia organizada. Enfoques normativo, operativo y judicial en la recuperación y gestión de activos derivados del crimen (LUDELOR) 2020-2022 (con número de referencia 620390-EPP-1-2020-1-ES-EPPJMO-PROJECT); Proyecto I+d+i Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas, con referencia PID2020-116848GB-I00; y de la Red de Cooperación internacional y de excelencia científica de estudio y análisis “Justicia, Derecho, Constitución y Proceso”.

Abstract: Eight years after the adoption of Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the EU, the expected results have not been achieved and serious shortcomings have been identified that need to be overcome. For this reason, on 25 May 2022, the EU institutions presented the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the recovery and confiscation of assets, which represents a profound transformation of the institution and in turn constitutes a new opportunity for the national legislator to adapt and reform domestic legislation, overcoming the shortcomings and excesses that occurred with the first transposition.

Keywords: seizure and confiscation of assets; asset recovery and management; proposal for a confiscation directive.

INTRODUCCIÓN

La publicación, hace ya ocho años, de la la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea,¹ dio lugar a una profunda modificación de nuestra regulación en la materia². La transposición de dicha norma se articuló en nuestro país, primero, modificando nuestro derecho sustantivo por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, y en segundo lugar culminando con la publicación de la Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que incorporó a nuestro sistema un procedimiento denominado “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”³.

¹ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DO L 127 de 29.4.2014, p. 39).

² Sobre el Decomiso *Vid.* GARRIDO CARRILLO, F.J. *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson, Madrid 2019.

³ Sobre la intervención de terceros afectados por el decomiso *Vid.* GARRIDO CARRILLO, F.J. “La intervención de terceros afectados por el Decomiso”, págs. 493-522 en AAVV “Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea”, Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (directoras), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018.; GARRIDO CARRILLO, F.J. “Deficiencias y contradicciones del decomiso de terceros en la lucha contra el crimen organizado”, pág. 343-380, en AAVV “*Respuesta Institucional y normativa al Crimen Organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*”, GARRIDO CARRILLO, F.J. (director). Ed. Aranzadi, Navarra, 2022.

Han sido y siguen siendo numerosas las cuestiones sobre esta materia, que tanto en el código penal como en nuestro LECr han requerido de un análisis detenido y minucioso, y continúan reclamando la atención de los especialistas y profesionales, en especial porque la regulación vigente es compleja, dispersa, y hubiera merecido más coherencia, así como de una técnica legislativa más depurada, habida cuenta de la trascendencia de las innovaciones que ha introducido, en especial en relación a la situación en la que deja a los sospechosos y acusados.

Tras el periodo transcurrido y la oportuna evaluación de la normativa vigente, se ha constatado que los resultados obtenidos con la Directiva de 2014 han sido muy deficientes y no han dado la respuesta esperada, por lo que se ha planteado la necesidad de volver a modificar la institución, publicando la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos, de 25 de mayo de 2022 (COM 2022) 245 final⁴, la cual prevé la sustitución de cinco instrumentos normativos en la materia (art. 35): a) la Acción Común 98/699/JIA; b y c)) las Decisiones Marco 2001/500/JIA y 2005/212/JIA; e) la Decisión 2007/845/JIA⁵ y ; e) la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Hay que señalar que, no estamos en la misma situación que hace casi una década, se ha avanzado mucho y cualitativamente tanto en el decomiso, como en la recuperación y gestión de activos, especialmente desde tres perspectivas, la normativa, la operativa y la judicial, pero si es el momento ahora, constatadas las deficiencias y la ineficacia de la regulación vigente, de plantear una reforma que nos permitan ser, no sólo más eficientes, sino sobre todo más eficaces.

1. LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

La globalización de nuestra sociedad y de la economía ha supuesto, de forma paralela, la globalización del crimen, y por lo tanto la lucha

⁴ En adelante PD.

⁵ Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito (DO L 332 de 18.12.2007, p. 103). Recordemos que esta Decisión obligaba a los Estados miembros a crear organismos de recuperación de activos y establecía requisitos mínimos para facilitar la cooperación transfronteriza entre los mismos.

contra las redes criminales y otras formas graves de delincuencia requiere y exige de los Estados una respuesta penal común. Esto significa que ha sido y sigue siendo preciso poner en marcha instrumentos y sistemas verdaderamente eficaces. Muestra de ello han sido las medidas adoptadas en múltiples instrumentos internacionales que han tenido el correspondiente reflejo en la normativa interna⁶.

Por otro lado, la lucha contra el crimen organizado no sólo exige una actuación conjunta a nivel internacional, sino que requiere de una estrategia global y multidisciplinar de seguridad.⁷ Y en este marco de actuación la Unión Europea, incidiendo en el principio de “que el delito no resulte provechoso”⁸ y teniendo en cuenta que la criminalidad organizada existe y actúa, esencialmente, por ánimo de lucro, ya puso en valor el decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo, como las herramientas más eficaces en la lucha contra estas expresiones criminales, puesto que reducían su influencia, generaban un efecto disuasorio y las asfixiaban económicamente.

Ante esta realidad, además de las nuevas políticas e instrumentos de decomiso y embargo, y las medidas de control de los flujos financieros de los colectivos criminales, que son esenciales, se hace precisa la adopción de medios de investigación y análisis tecnológicos, la adaptación de otros medios clásicos, y la adecuada actuación y coordinación de instituciones como la Fiscalía Europea, Europol y Eurojust. Todo ello exige el diseño y adaptación de instrumentos e instituciones penales y procesales, que han

⁶ En este sentido *Vid.* el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003 y su capítulo V (Arts. 51-59) dedicado a la recuperación de activos.

⁷ Esto ya lo ponía de manifiesto la declaración de la presidencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 2010, que expresamente dejaba constancia de “*las graves amenazas que el tráfico de drogas y la delincuencia organizada transnacional plantean en algunos casos para la seguridad internacional*”. *Vid.* Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad realizada en la 6277ª sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 24 de febrero de 2010, con el tema titulado “Amenazas a la paz y la seguridad internacionales”. Consultar en [S/PRST/2010/4 - S - S/PRST/2010/4 -Desktop \(undocs.org\)
 https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/250/70/PDF/N1025070.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/250/70/PDF/N1025070.pdf?OpenElement) (último acceso 9/10/2022)

⁸ Comunicado de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, Productos de la delincuencia organizada: garantizar que “*el delito no resulte provechoso*”, COM (2008) 766 final – no publicado en el Diario oficial-

de operar en el marco de nuestro proceso penal, respetando los derechos y garantías básicas del mismo.

Queda mucho por hacer, pues la criminalidad organizada es hoy “un sistema” que ha evolucionado con los tiempos y ha alcanzado una dimensión europea e internacional, como ponen de relieve, entre otros informes, el “*Global Risk Report*” promovido por el *World Economic Forum*, en el que se señala que las redes criminales generan un negocio de más de 300 billones de euros, sin que se alcance en la UE el 1 % en la confiscación de estos bienes; y así mismo el análisis realizado por Europol constata la amenaza del Crimen organizado en la Unión (*European Organised Crime Threat Assessment*)⁹, siendo posible trazar un mapa de la “mala-Europa” y de su economía paralela.

Por lo tanto, a la vista de la situación actual es preciso apostar por un sistema lo más parecido posible a una estrategia coherente que ponga en primer plano la lucha contra el beneficio de la criminalidad organizada conforme al principio de que el “delito no resulte provechoso”, y esto pasa ineludiblemente por el establecimiento de marcos normativos básicos de referencia, aplicables por todos los actores, tanto estatales como internacionales, con competencia en la materia.

Como pone de relieve la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave para 2019-2023,¹⁰ esta tipología criminal avanza y se desarrolla progresivamente hacia nuevas perspectivas cada vez más sofisticadas y difíciles de perseguir, que se caracterizan por la diversificación de sus estructuras y métodos y por la proliferación de grupos itinerantes. Por lo tanto, podemos concluir que el crimen organizado es una amenaza de naturaleza transnacional, flexible y opaca, “con una enorme capacidad desestabilizadora, que contribuye a debilitar el Estado y mina la buena gobernanza económica”¹¹.

⁹ Accesible en <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/socia-report> (último acceso 9/10/2022).

¹⁰ La Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023, también se ocupa desde una óptica estratégica del crimen organizado, y así señala que tiene una “finalidad esencialmente económica; su principal objetivo es la búsqueda de beneficios. Cualquier otra finalidad que puede aparecer es instrumental y por tanto subordinada a la primera”. *Vid.* Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2019).

¹¹ *Estrategia de Seguridad Nacional 2017*. BOE 309, 21 diciembre de 2017, pág. 125983.

1. 1. Globalización del crimen organizado

El punto de partida, para el diseño de una estrategia adecuada, es poner en relación, en el ámbito sustantivo y procesal, el concepto de “globalización” y “delincuencia organizada”, pues tener una medida real de esta simbiosis y una conciencia clara de su impacto y de sus efectos negativos sobre las respuestas nacionales e internacionales, nos permite concretar y reclamar con urgencia, la necesidad de un marco jurídico sólido, que sea apoyo firme y abierto a las diferentes coyunturas que muestra este tipo de delincuencia, y no sólo desde la variable de su internacionalización, sino desde los derechos sustantivos nacionales.

El crimen organizado trasciende las fronteras de los Estados, ya no caben únicamente respuestas nacionales, aunque se planteen de forma coordinada, pues esto, en definitiva, es trasladar los problemas de un país a otro, lo que hay que hacer es plantear una respuesta internacional y global ante este conflicto, y esto se hizo por las Naciones Unidas en torno al concepto de “*grupo delictivo organizado*”, (que se recoge en el art. 2 de la Convención de Palermo), y no en torno a comportamiento delictivos definidos o intereses separados a proteger. En la propuesta de Directiva que nos ocupa se avanza en este aspecto, y en las definiciones que se contienen en la misma (art. 3) se incorpora la de «organización delictiva» (apdo 8): remitiéndose a la definición que se contiene en el art. 1 de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

Y, por último, partiendo de esta situación hemos de incorporar al concepto de delincuencia organizada la dimensión globalizadora, pues aprovechando este fenómeno, las organizaciones criminales acuden a métodos muy sofisticados para ocultar no sólo sus actividades delictivas sino también todos los productos de sus delitos. Y si bien, este contacto entre globalización y delincuencia organizada da lugar a nuevas perspectivas para esta última, también lo es la necesaria adecuación del derecho penal, y sus respuestas a la criminalidad organizada.

1.2. Retos de la UE

En segundo lugar, en esta reflexión sobre la globalización y delincuencia organizada, hemos de ocuparnos de los retos de la UE, pues estamos en un nuevo mundo y hemos llegado a un punto de no retorno, en

el que se ha superado el binomio tradicional “crimen organizado-transnacional”, para concretarse un trinomio de extraordinaria gravedad “crimen organizado-transnacional-digital”. Y es que los grupos delictivos en la UE se caracterizan por tener una alta capacidad de adaptación, por la posibilidad de actualizar constantemente sus habilidades tecnológicas, y tienen múltiples “objetos sociales” (más del 45 % de estos grupos están implicados en más de una actividad ilegal), contando, además, con el uso de factores “facilitadores”, y así, por ejemplo, casi el 60% de los grupos criminales denunciados participan en actividades de corrupción.

Ante la situación del crimen organizado en la UE, SPIEZIA¹² ha tratado la respuesta institucional del sistema de derecho penal de la UE, y sus límites, deteniéndose especialmente en la Fiscalía Europea y Eurojust, y apostando, para la profundización en el ELSJ, por una ampliación de competencias de la mencionada Fiscalía, o por una mayor evolución de Eurojust.

En definitiva, la delincuencia organizada es una de las mayores amenazas a la seguridad de la Unión Europea. El alcance transnacional, su uso sistemático de la violencia y la corrupción y su grado sin precedentes de infiltración económica se han puesto de manifiesto en operaciones como EncroChat¹³, Sky ECC¹⁴ y ANOM¹⁵, llevadas a cabo en 2020/2021. Como vemos, esto es sólo una muestra de la realidad del crimen organizado en la actualidad, por ello el Informe SOCTA de Europol de

¹² Cfr. SPIEZIA, F., y FAGGIANI, V., *Ataque a Europa*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

¹³ Europol, [Dismantling of an Encrypted Network sends Shockwaves through Organised Crime Groups across Europe](https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe) [El desmantelamiento de una red encriptada hace temblar a los grupos de delincuencia organizada de toda Europa], 2 de julio de 2020. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (último acceso 9/10/2022)

¹⁴ Europol, [New major interventions to block encrypted communications of criminal networks](https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/new-major-interventions-to-block-encrypted-communications-of-criminal-networks), [Nuevas e importantes intervenciones para bloquear las comunicaciones cifradas de redes delictivas], 10 de marzo de 2021. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/new-major-interventions-to-block-encrypted-communications-of-criminal-networks> (último acceso 9/10/2022).

¹⁵ Europol, [800 criminal arrested in biggest ever law enforcement operation against encrypted communication](https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/800-criminals-arrested-in-biggest-ever-law-enforcement-operation-against-encrypted-communication), [800 delincuentes detenidos en la mayor operación policial de la historia contra la comunicación cifrada], 8 de junio de 2021. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/800-criminals-arrested-in-biggest-ever-law-enforcement-operation-against-encrypted-communication> (último acceso 9/10/2022)

2021, que ya evaluó y puso de relieve la amenaza que representa la delincuencia organizada y la infiltración delictiva, destacó que la misma se alimenta de los grandes ingresos que genera, que cada año ascienden a un mínimo de 139000 millones EUR y que se blanquean, cada vez más, a través de un sistema financiero paralelo encubierto. Y como señala la propuesta de Directiva en su primer considerando, la disponibilidad de este producto de actividades delictivas constituye una amenaza significativa a la integridad de la economía y la sociedad, y así mismo, erosiona el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

Ante esta realidad, y para abordar estos retos, la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025¹⁶ pretende, por un lado, impulsar la cooperación transfronteriza, apoyando investigaciones eficaces contra las redes delictivas, eliminando el producto de las actividades delictivas y adaptando las fuerzas y cuerpos de seguridad así como el poder judicial a la era digital. Y por otro lado, en el marco de esta estrategia, y para garantizar que delinquir no salga a cuenta¹⁷, la Comisión anunció la intención de reforzar las normas sobre recuperación y decomiso de activos teniendo en cuenta su informe de 2020 en la materia titulado «Recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso»¹⁸. Como recoge la mencionada Estrategia de la UE, para dificultar las actividades de los grupos delictivos y evitar que se infiltren en la economía legal, es fundamental privar a los delincuentes de estos beneficios ilícitos. Y 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. Al respecto, el considerando nº 2 de la Propuesta de Directiva, señala que “La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluidas las redes delictivas de alto riesgo, es la obtención de beneficios financieros. Por tanto, para hacer frente a la grave amenaza que supone la delincuencia organizada, las autoridades competentes deben disponer de los medios que les permitan seguir, identificar, embargar, decomisar y gestionar

¹⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025 [COM(2021) 170, de 14.4.2021].

¹⁷ *Vid.* Considerando número 2 de la Propuesta de Directiva.

¹⁸ 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, de 2 de junio de 2020].

eficazmente los instrumentos y productos del delito y los bienes procedentes de actividades delictivas”.

2. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

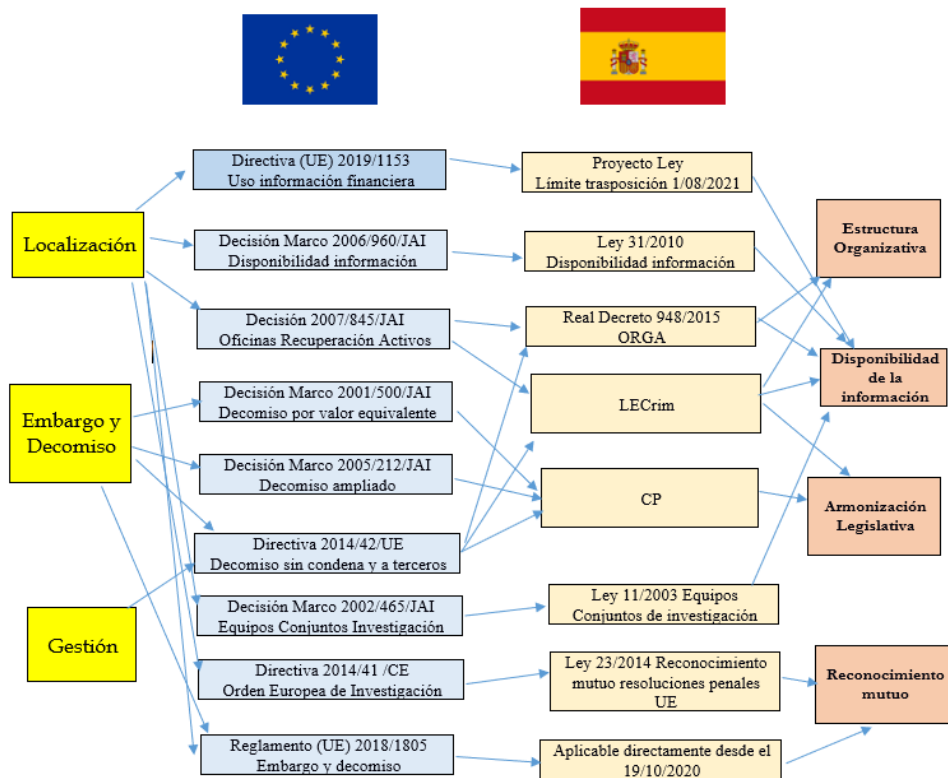
El proceso de Decomiso y embargo hemos de insertarlo en el marco de la Unión Europea en el Proceso de Recuperación de activos, en el que se pueden diferenciar distintas fases; identificación y localización; embargo; administración y gestión provisional de lo embargado; decomiso y por último adjudicación y/o realización de lo decomisado.

El actual marco jurídico de la Unión sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de los productos, instrumentos y bienes, y sobre los organismos de recuperación de activos, está compuesto, fundamentalmente, por: la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; la Decisión 2007/845/JAI del Consejo¹⁹; y la Decisión 2005/212/JAI del Consejo²⁰.

De una forma esquemática, la normativa de referencia tanto de la Unión Europea como de nuestro país, en la materia, la podemos relacionar con el siguiente cuadro conceptual:

¹⁹ Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito (DO L 332 de 18.12.2007, p. 103).

²⁰ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68 de 15.3.2005, p. 49).



Por último, esta normativa básica, así como la propuesta de Directiva que nos ocupa hay que integrarla en la lucha mundial contra la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de capitales, y por lo tanto hay que complementarla con:

- la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (UNTOC) y sus Protocolos²¹,

²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000 y Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001.

- la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)²²,
- la Convención de Varsovia del Consejo de Europa²³,
- y la Recomendación n.º 4 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

Toda este conjunto normativo insta a los países que son Partes a adoptar medidas que permitan a sus autoridades competentes embargar y decomisar los productos e instrumentos del delito.

3. LA NECESIDAD DE REFORMA

La Comisión ha evaluado el marco normativo vigente, en concreto la Directiva 2014/42/UE y la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, lo que ha puesto de manifiesto que ambas normas han contribuido a una mayor cooperación entre los organismos de recuperación de activos al aproximar los conceptos de embargo y decomiso de todos los Estados miembros y aumentar hasta cierto punto sus índices. Sin embargo, esta evaluación también ha revelado que siguen existiendo retos en materia de identificación de activos y que el decomiso global de productos de la delincuencia sigue siendo demasiado escaso para afectar significativamente a los beneficios de la delincuencia organizada, y por lo tanto ha concluido que no alcanza plenamente el objetivo de luchar contra la delincuencia organizada mediante la recuperación de sus beneficios (Considerando n.º 4 PD).

Por otro lado hay que señalar que, la combinación en un instrumento único, es decir en la actual propuesta de Directiva, de unas obligaciones que hasta ahora se encontraban dispersas en distintos instrumentos jurídicos (que se sustituirían por la mencionada propuesta Directiva) garantizaría un enfoque más coherente y estratégico de la recuperación de activos y la cooperación de todos los agentes relevantes del sistema de recuperación de activos.

²² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resolución 58/43 de la Asamblea General, de 1 de octubre de 2003.

²³ Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (CETS n.º 198).

3.1. Deficiencias y opciones de reforma de la regulación vigente

La Comisión señala que existen deficiencias en cuatro aspectos:

- a) Los sistemas de recuperación de activos de los EEMM, no están bien equipados para abordar con eficacia el complejo *modus operandi* de las organizaciones delictivas.
- b) Las capacidades con las que cuentan las autoridades nacionales para seguir, identificar y embargar rápidamente los activos, son limitadas.
- c) La gestión de los activos embargados es ineficiente, y ello da lugar a que pierdan valor antes de que se adopte una resolución sobre su decomiso.
- d) Y, por último, los instrumentos de decomiso existentes no contemplan todos los mercados delictivos de ingresos elevados ni las complejas estructuras y métodos de las organizaciones delictivas.

Estas deficiencias, de las que son conscientes, desde hace tiempo, las instituciones de la UE²⁴, exigen reformar y reforzar el régimen actual de recuperación de activos, introduciendo nuevas normas comunes sobre el decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas aún en ausencia de sentencia condenatoria (Considerando nº 5 PD). En esta situación y en este marco, y partiendo de que el sistema de recuperación de activos de la UE no está bien equipado para abordar eficazmente el complejo *modus operandi* de las organizaciones delictivas, se plantearon distintas opciones de reforma, además de la hipótesis de base que no supondría ningún cambio con respecto a la situación actual, y por lo tanto no era asumible. De las distintas opciones planteadas, la evaluación del impacto llevada a cabo por la Comisión consideró que la preferible era la tercera en términos de eficacia, eficiencia y proporcionalidad²⁵, pues la misma, además de

²⁴ Vid. Conclusiones del Consejo sobre la mejora de las investigaciones financieras para luchar contra la delincuencia grave y organizada (documento del Consejo 8927/20 de 17 de junio de 2020)).

²⁵ Eficaces, pues pese a sus costes, estas medidas se consideraban darían lugar a un salto cualitativo en el índice de decomiso que harían posible y proporcionadas en cuanto a la carga administrativa y la interferencia con las estructuras organizativas de los Estados Miembros. Y, en cuanto a los derechos fundamentales, se consideró que esta opción

modificaciones específicas, incluía: requisitos más detallados para los Estados miembros en todas las fases del proceso de recuperación; y ampliaba el ámbito de aplicación de la Directiva sobre decomiso para contemplar una gama más amplia de delitos: extendiendo la actual disposición sobre decomiso no basado en una sentencia condenatoria e introduciendo un modelo de decomiso de patrimonio no explicado que garantizaría el decomiso de activos no vinculados a un delito específico.

Naturalmente, la propuesta de directiva establece unas normas mínimas que no impiden a los Estados miembros, otorgar competencias más amplias a los organismos de recuperación de activos, o a los organismos de gestión de activos ni establecer garantías adicionales a través de la legislación nacional, siempre y cuando dichas medidas y disposiciones nacionales no vayan en detrimento del objetivo de la propuesta de Directiva (Considerando nº 46 de la PD).

Por último, los procedimientos en materia penal pueden también incluir investigaciones penales realizadas por la policía y por otras autoridades encargadas del cumplimiento de la ley. Y en este sentido, también es preciso reforzar la capacidad de las autoridades competentes para privar a los delincuentes de los ingresos procedentes de actividades delictivas. A tal fin, como se recoge en el considerando número 5 de la PD, es necesario establecer normas para reforzar las capacidades de seguimiento e identificación de activos, así como de embargo, mejorar la gestión de los bienes embargados y decomisados, reforzar los instrumentos para decomisar los instrumentos y productos del delito y los bienes derivados de las actividades de organizaciones delictivas y mejorar la eficiencia global del sistema de recuperación de activos.

3.2. Objetivos de la propuesta de Directiva

La Propuesta de Directiva tiene un triple objetivo:

- 1) Reforzar las capacidades de las autoridades competentes para identificar, embargar y gestionar activos.
- 2) Reforzar y ampliar las capacidades de decomiso a fin de que comprendan todas las actividades delictivas llevadas a cabo por

incorporaba un nuevo modelo de decomiso, equilibrado por las salvaguardias y el objetivo político perseguido, dada la magnitud del problema.

grupos de delincuencia organizada, permitiendo decomisar todos los activos correspondientes.

- 3) Mejorar la cooperación entre todas las autoridades que intervienen en la recuperación de activos favoreciendo un enfoque más estratégico a través de un mayor compromiso de dichas autoridades con la consecución de objetivos comunes en este ámbito.

Por último también hay que mencionar que esta propuesta de Directiva, en respuesta a la agresión militar de Rusia contra Ucrania, ha adoptado medidas restrictivas contra Rusia y Bielorrusia (que amplían las que se adoptaron en 2014 con motivo de anexión ilegal de Crimea y Sebastopol por parte de Rusia). Estas medidas, que tienen como base jurídica el artículo 29 del TUE y el artículo 215 del TFUE, incluyen medidas sectoriales y medidas individuales en forma de embargo de activos y restricciones de admisión. Y aunque estas medidas restrictivas “no sean de carácter penal ni presupongan actividades delictivas para su imposición”, “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”, que se persigue con la reforma legislativa.²⁶

En definitiva, la propuesta de Directiva que nos ocupa, forma parte de los esfuerzos más generales en el ámbito de la UE para luchar contra la delincuencia grave y organizada y contribuye a la aplicación efectiva de la política de seguridad de la UE. Complementa un conjunto de instrumentos legislativos que armonizan la definición de los delitos y las sanciones de las actividades delictivas, 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. Por último, la propuesta es conforme y contribuye a la aplicación efectiva de la política de seguridad de la UE, consistente en un conjunto de medidas legislativas y no legislativas destinadas ofrecer a las autoridades policiales y judiciales las herramientas necesarias para prevenir y combatir una amplia gama de actividades delictivas y garantizar un alto nivel de seguridad en la UE, en particular a través de la cooperación transfronteriza²⁷.

²⁶ *Vid.* Considerando nº 6 de la Propuesta de Directiva”.

²⁷ Entre dichas medidas figura, en particular, el Reglamento (UE) 2018/1805, que facilita el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso en toda la UE.

4. PROPUESTA DE REFORMA

4.1. Estructura: Base Jurídica, principios, y respeto a los derechos fundamentales

La base jurídica de las medidas sobre embargo y decomiso es el artículo 83.1 del TFUE, que permite establecer normas mínimas sobre la definición de las sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad y con una dimensión transfronteriza a los delitos enumerados en dicho artículo. El ámbito de aplicación de estas medidas se amplía a los delitos cometidos en el contexto de organizaciones delictivas, dado que la delincuencia organizada es un «eurodelito» a efectos del art. 83.1, del TFUE²⁸. Esto incluiría también el incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión armonizadas en el ámbito de la UE²⁹.

Así mismo, las medidas sobre seguimiento e identificación de activos o cooperación entre los organismos de recuperación de activos y los organismos de gestión de activos con sus homólogos de otros Estados miembros también contribuyen a una cooperación transfronteriza eficaz en relación con la prevención, descubrimiento e investigación de delitos. De ahí que sean acordes con lo dispuesto en el artículo 87, apartado 2, del TFUE³⁰.

Y por lo que se refiere a las garantías procesales contempladas en la propuesta de Directiva, así como la disposición que garantiza la

²⁸ Recordemos los Eurodelitos recogidos en el artículo 83.1 TFUE: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

²⁹ También está justificada la inclusión de delitos, o bien armonizados en la UE, o bien cuyo ámbito político esté armonizado en la UE, ya que las medidas propuestas en materia de embargo y decomiso son esenciales para garantizar la aplicación efectiva de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización y, por tanto, se contemple en el art. 83.2, del TFUE. Las medidas destinadas a mejorar la gestión de activos embargados y decomisados son necesarias para garantizar la aplicación efectiva de las medidas de embargo y decomiso y constituyen obligaciones complementarias a efectos del art. 83 del TFUE.

³⁰ Dado que el ámbito de aplicación del artículo 87 del TFUE no tiene límites en cuanto a los delitos contemplados, estas medidas se aplican también al incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión en la medida en que constituya un delito penal a efectos del Derecho nacional y que las medidas faciliten la prevención y descubrimiento de casos de incumplimiento de medidas restrictivas de la Unión.

indemnización de las víctimas, tienen su base jurídica en el art. 82.2 del TFUE.

Por otro lado, los esfuerzos de los Estados miembros para luchar contra la delincuencia organizada no bastan por sí solos para abordar la naturaleza transfronteriza de los grupos de delincuencia organizada, ya que el 70 % de dichos grupos activos en la UE operan en más de tres Estados miembros³¹ y ocultan y reinvierten bienes derivados de sus actividades delictivas en el mercado interior de la UE. Para ocultar el origen y propiedad de los fondos, los grupos delictivos emplean una compleja red de cuentas bancarias y empresas pantalla dispersa por varios territorios; al parecer, los delincuentes se centran en los Estados miembros con los sistemas más débiles de recuperación de activos³². Por esta razón entiende el legislador comunitario que los Estados miembros no pueden alcanzar el objetivo de la directiva, es decir, facilitar el decomiso de bienes en asuntos penales. Dicho objetivo sería más asequible a nivel de la Unión, por lo que se prevé que esta pueda adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, de conformidad con el principio de proporcionalidad (Considerando nº 47 propuesta de Directiva).

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad (Artículo 5.4, del TUE), de conformidad con el mismo, la Directiva propuesta se limita a lo que es necesario y proporcionado para aplicar una norma mínima común en toda la UE. La propuesta refuerza las capacidades y herramientas para seguir, identificar, embargar, gestionar y decomisar los activos ilícitos. Y al tiempo que garantizan un ámbito de aplicación suficientemente amplio, las medidas se centran en los activos ilícitos relacionados con actividades delictivas por parte de la delincuencia organizada. Así mismo, la propuesta aclara una serie de obligaciones de carácter más general, lo que permite reducir diferencias entre los Estados

³¹ Europol, Evaluación de la amenaza de la delincuencia grave y organizada en la UE «[A Corrupting Influence: The infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crimes](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socta2021_1.pdf)» (2021). https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/socta2021_1.pdf (último acceso 10/10/2022).

³² Reunión con expertos de Eurojust en junio de 2016, citada en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso», SWD (2016) 468 final.

miembros que puedan suponer obstáculos a la cooperación transfronteriza y aporta mayor claridad jurídica³³.

Por otra parte, las medidas individuales se limitan a lo necesario y proporcionado a los objetivos de desarticular las actividades de la delincuencia organizada y privar a los delincuentes de significativos beneficios ilícitos. Para ello, por ejemplo, la apertura sistemática de investigaciones de seguimiento de activos se limita a delitos que puedan generar ventajas económicas sustanciales. Este objetivo también se alcanza limitando las posibilidades de decomiso, a falta de sentencia condenatoria por un delito específico, a delitos graves que puedan generar ventajas sustanciales. La proporcionalidad en general se garantiza combinando diferentes medidas con sólidas salvaguardias.

Por último, todas las medidas previstas en la propuesta de directiva, así como su aplicación, han de respetar los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales está supeditada al cumplimiento de las condiciones dispuestas en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, a saber, observar el principio de proporcionalidad con respecto a la finalidad legítima de cumplir efectivamente objetivos de interés general reconocidos por la Unión y proteger los derechos y libertades de los demás. Las limitaciones deben ser establecidas por ley y respetar el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos por la Carta.

La injerencia de las medidas propuestas en los derechos fundamentales (incluidos, en particular, los derechos de propiedad) se justifica por la necesidad de privar de manera efectiva a los delincuentes —y, en particular, a la delincuencia organizada— de sus activos ilícitos, pues son, tanto la principal motivación de sus delitos, como el medio que les permite proseguir y ampliar sus actividades delictivas. Entiende el legislador comunitario que las medidas propuestas se limitan a lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En este sentido, el nuevo modelo de decomiso, visto en relación a los derechos fundamentales, planteará dificultades a la hora de vincular activos con delitos específicos cuando el

³³ Además, el impacto de las medidas propuestas en los Estados miembros en cuanto a recursos necesarios y necesidad de adaptar los marcos nacionales se ve compensado por los beneficios que comporta mejorar las capacidades de las autoridades competentes para seguir e identificar, embargar, gestionar y decomisar activos ilícitos.

titular participa en actividades de delincuencia organizada consistentes en delitos múltiples cometidos durante un período prolongado.

4.2. Disposiciones generales sobre recuperación y decomiso de activos

La Propuesta de Directiva está organizada en 51 considerandos, 8 capítulos y 37 artículos³⁴, y en este trabajo me voy a centrar en el capítulo III dedicado al embargo y al decomiso, y en los preceptos directamente vinculados a esta materia. Pero, antes de ello, hay que hacer referencia a las disposiciones generales (Capítulo I, artículos 1 a 3) que concretan, en primer lugar, el objeto de la Directiva (art. 1), que no es otro que establecer normas mínimas sobre seguimiento e identificación, embargo, decomiso y gestión de bienes en el marco de un procedimiento en materia penal.³⁵ Y en segundo lugar, delimita su ámbito de aplicación en el art. 2.1º PD. Se trata de una lista³⁶ más amplia que la recogida en el art. 3 de la Directiva de 2014, por cuanto que incorpora nuevos delitos como la ayuda a la entrada y la estancia irregulares, o los delitos contra el medio ambiente, o los delitos informáticos. Además, este ámbito de aplicación se va a extender, conforme al art. 2.2 de la Propuesta, a una serie de delitos³⁷ “en la medida en que se cometan en el marco de una organización delictiva”.

³⁴ Recordemos que la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril sobre el Embargo y el Decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, constaba de 44 considerandos y 16 artículos.

³⁵ Aquí lo que incorpora respecto de la Directiva de 2014 es la referencia a las normas mínimas sobre seguimiento e identificación y gestión de bienes.

³⁶ Los delitos incorporados a esta lista son: a) participación en una organización delictiva; b) terrorismo; c) trata de seres humanos; d) explotación sexual de menores y pornografía infantil; e) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 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; h) falsificación de medios de pago; i) falsificación de moneda, incluido el euro; j) delitos informáticos; k) tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; l) fraude, incluido el fraude y otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión; m) delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, así como delitos relacionados con la contaminación procedente de buques; n) ayuda a la entrada y la estancia irregulares;

³⁷ Estos delitos son; a) violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; b) tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las

Como vemos este listado incluye los delitos enumerados en el artículo 83 del TFUE y los delitos armonizados en toda la UE. Además, incorpora una serie de delitos que suelen cometer los grupos de delincuencia organizada, así como delitos relacionados con el incumplimiento de medidas restrictivas de la UE (art. 2.3º PD), e incluye también “cualquier otra infracción penal establecida en otros actos jurídicos de la Unión si estos establecen específicamente que la presente Directiva se aplica a los delitos allí definidos” (Art. 2.4 PD)³⁸. Y como cláusula de cierre, concreta que “las disposiciones sobre seguimiento e identificación de instrumentos y productos o bienes del capítulo se aplicarán a todas las infracciones penales definidas en el derecho nacional que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de al menos un año” (art.2.5 PD), recordemos que el capítulo II se dedica al “Seguimiento e identificación”, y que por lo tanto el legislador establece un mínimo de pena para operar este seguimiento e identificación.

Por último, en tercer lugar, en el ámbito de las disposiciones generales el artículo 3 de la propuesta contiene las definiciones a las que habremos de atenernos a efectos de la propuesta de Directiva. La Directiva de 2014 relacionaba 6 definiciones, de ellas sólo 5 se incorporan a la propuesta de Directiva que nos ocupa, pues se suprime la definición de “*infracción penal*”³⁹, lo cual no es algo baladí, y se añaden las definiciones de “*seguimiento e identificación*”, “*SIENA*”, “*organización delictiva*”, “*víctima*”, “*titular real*”, “*medidas restrictivas de la Unión*”, y “*sanciones financieras específicas*”, es decir, un total de 12 definiciones⁴⁰. En relación

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.

³⁸ Vid. considerando número 9 de la Propuesta de Directiva.

³⁹ En la Directiva de 2014, “infracción penal” se definía en el art. 2.6 como “*una infracción de las previstas por cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3*”.

⁴⁰ En concreto las definiciones son las siguientes:

1) «producto»: toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo así como cualquier beneficio cuantificable (Vid. Considerando nº 13 PD).

a estas definiciones, destaca el interés del legislador en dar la definición más amplia de “producto”, que deberá verse a la luz del considerando nº 13, o de “Bienes” que conforme al considerando nº 12 “*debe abarcar todas las formas de bienes, incluidos los criptoactivos*”.

2) «bienes»: cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes (*Vid.* Considerando nº 12 PD);

3) «instrumento»: cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales;

4) «seguimiento e identificación»: cualquier investigación realizada por las autoridades competentes para determinar los instrumentos, productos o bienes que puedan derivarse de actividades delictivas;

5) «embargo»: la prohibición temporal de transferir, destruir, convertir, enajenar o poner en circulación bienes, o la custodia o el control temporales de bienes;

6) «decomiso»: la privación definitiva de un bien dictada por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal;

7) «SIENA»: la Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información gestionada por Europol y destinada a facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros y Europol;

8) «organización delictiva»: una organización delictiva, tal como se define en el artículo 1 de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo;

9) «víctima»: una víctima, tal como se define en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como una persona jurídica, tal como se define en el Derecho nacional, que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva;

10) «titular real»: un titular real, tal como se define en el artículo 3, punto (6), de la Directiva (UE) 2015/849;

Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, modificada por la Directiva 2018/843/UE (DO L 141 de 5.6.2015, p. 73).;

11) «medidas restrictivas de la Unión»: medidas adoptadas sobre la base del artículo 29 del Tratado de la Unión Europea y del artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

12) «sanciones financieras específicas»: medidas restrictivas específicas de la Unión aplicables a personas o entidades específicas, adoptadas sobre la base del artículo 29 del Tratado de la Unión Europea y del artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

5. EL EMBARGO Y DECOMISO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Por lo que se refiere al embargo y decomiso, la propuesta de Directiva se ocupa de estos instrumentos en el Capítulo III, en 8 artículos (art. 11 a 18). Estas disposiciones, que se basan en el artículo 83 del TFUE, se aplicarán a los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 2, apartados 1, 2, 3 y 4 de la Propuesta de Directiva, pero no al embargo en virtud de medidas restrictivas de la Unión.

Hay que señalar que el embargo y decomiso están íntimamente conectados pues como recoge el legislador comunitario en el considerando número 20 de la propuesta de directiva:

“El decomiso conduce a la privación definitiva de los bienes. No obstante, la conservación del bien puede ser un requisito previo al decomiso y es a menudo fundamental para la ejecución efectiva de una resolución de decomiso. El bien se conserva mediante el embargo. Para evitar la desaparición de los bienes antes de que se dicte la resolución de embargo, las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los organismos de recuperación de activos, deben estar facultadas para adoptar inmediatamente las medidas necesarias para asegurar esos bienes.”

5.1. Embargo

Por lo que se refiere al embargo, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para permitir el embargo de bienes que sea necesario para garantizar un posible decomiso (art. 11.1 PD). Y estas medidas incluirán la actuación inmediata que sea necesaria para la conservación de los bienes (art. 11.2 PD). Esta regulación prevista en el art. 11 PD, hay que ponerla en relación con el art. 5.4 de la misma norma, que permite que los organismos de recuperación de activos puedan adoptar las medidas inmediatas contempladas en el 11.2 PD para prevenir, descubrir o investigar delitos relacionados con el incumplimiento de medidas reictivas de la Unión, hasta que se dicte una resolución de embargo con arreglo al apartado 1.

En todo caso, cualquier medida adoptada al amparo del 11.2 PD es una medida de embargo inmediata, urgente y provisionalísima, que no podrá exceder de 7 días (art. 11.3 PD) por lo que también será temporal. Por otro lado, las resoluciones de embargo deberán ser dictadas por la autoridad competente y estar debidamente motivadas (art. 11.5 PD).

Hay que señalar que en la regulación del embargo se contempla una salvaguarda específica (art. 11.6 PD) que establece que la resolución de embargo únicamente seguirá vigente durante el tiempo necesario, por lo que el bien deberá restituirse de inmediato si no se decomisa⁴¹. Pues la orden de embargo no debe mantenerse más allá de lo necesario para preservar la disponibilidad de los bienes con vistas a su posible decomiso.

Y por último, hay que dejar anotado que las precisiones hasta aquí realizadas sobre el embargo, son de aplicación a los bienes en posesión de terceros (art. 11.4)⁴².

5.2. Decomiso

Por lo que se refiere al Decomiso, el legislador comunitario exige a los Estados Miembros que permitan: a) el Decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y productos derivados de una infracción penal, previa resolución penal firme de condena (decomiso ordinario) que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado (art. 12.1 PD); b) también se podrá decomisar los bienes de valor equivalente al producto del delito (“decomiso del valor” contemplado en las normas vigentes de la UE), que a su vez podrá ser resultado de un procedimiento en rebeldía (art. 12.2 PD)⁴³; c) el decomiso de terceros (art. 13 PD); d) el decomiso ampliado (art. 14 PD.); e) el decomiso sin sentencia (art. 15 PD), que incorpora novedades respecto a la regulación de 2014; f) y, por último, se regula un nuevo tipo de decomiso, el “Decomiso de Patrimonio No Explicado” (art. 16 PD).

⁴¹ Las condiciones o normas procesales en virtud de las cuales se restituya los bienes decomisados a tu titular se determinarán en el Derecho Nacional. Sobre esta cuestión *vid.* el considerando n° 21 que dispone, “... que las órdenes de embargo limitan el derecho a la propiedad, dichas medidas provisionales no deben mantenerse más allá de lo necesario para preservar la disponibilidad de los bienes con vistas a su posible decomiso. Para ello puede ser necesario que el órgano jurisdiccional nacional proceda a una revisión con objeto de velar por que la finalidad de evitar la desaparición del bien siga siendo válida.”

⁴² Sobre el decomiso de bienes de terceros *Vid.* GARRIDO CARRILLO, F.J. “Deficiencias y contradicciones del decomiso de bienes de terceros en la lucha contra el crimen organizado” págs. 343-380, en “*Respuesta Institucional y normativa al Crimen Organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*”, GARRIDO CARRILLO, F.J. (director), Ed. Aranzadi, Navarra, 2022.

⁴³ *Vid.* considerando n° 23 propuesta de Directiva.

El alcance de la regulación propuesta sobre el decomiso, su ambición y los objetivos del legislador comunitario, nos permiten señalar que se trata de una iniciativa profundamente transformadora, que pretende subsanar y solventar las deficiencias de la regulación de 2014, avanzando y profundizando en la eficacia de la institución, y que exige, sin duda alguna, unos comentarios de urgencia.

5.2.1. *El decomiso de terceros*

Hoy en día, una práctica ampliamente generalizada es que un sospechoso o persona acusada transfiera activos delictivos a una tercera persona con el conocimiento de ésta de dicha situación o que, al menos, hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas que la transferencia se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor del mercado. El supuesto característico es el de los testaferros⁴⁴, que simplemente prestan su nombre en un contrato o negocio que, en realidad, es de otra persona, siendo habitual que sean familiares del “hombre de atrás”, al tener que ser de su absoluta confianza.

En primer lugar, en el decomiso de terceros, del que se ocupa la propuesta de directiva, en su artículo 13⁴⁵, entiende a este tercero de forma muy amplia, es decir, no sólo quien ostenta la titularidad del bien, sino también todo aquel que ostente algún derecho real sobre el mismo, y que se pueda ver afectado por el decomiso. Y, en segundo lugar, hay que destacar que esta propuesta, también establece específicamente (como

⁴⁴ Una completa explicación de esta figura la podemos encontrar en la STS núm. 1440/2014 (Sala 2ª) de 9 de septiembre.

⁴⁵ En concreto el artículo 13 PD dispone que: “1. 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.

El decomiso de dichos productos u otros bienes se permitirá en aquellos casos en que dichos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso y se basará en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado.

2. El apartado 1 no afectará a los derechos de terceros de buena fe.”

hacia la Directiva de 2014 en su art. 6, con la importancia que ello conlleva), que las normas sobre decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas, y en cualquier caso no deberán verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe⁴⁶.

La propuesta de Directiva, en relación al decomiso de terceros, exige a los Estados miembros que permitan el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que directa o indirectamente hayan sido transferidos por el sospechoso o acusado a un tercero, o hayan sido adquiridos por el tercero de un sospechoso o acusado, con el fin de evitar el decomiso⁴⁷. Este decomiso solo se justifica cuando el tercero sabía o debiera haber sabido que la transmisión de bienes se realizaba con ese objetivo, y se “basará en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado”. Por lo tanto, para operar ese decomiso de terceros, se establece una presunción de que dicho tercero “*tuviera*” o “*hubiera debido tener conocimiento*” de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso. Al menos establece el legislador europeo que dicha presunción ha de basarse en “*hechos y circunstancias concretas*”, y establece específicamente dos de ellas que abrirían la posibilidad del mencionado decomiso:

- Que la transferencia “*se haya realizado gratuitamente*”
- O “*a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado*”

⁴⁶ Esta no es la primera vez que el legislador europeo se ocupa del decomiso de bienes y efectos en poder de terceros (pues ya se preveía antes de la Directiva de 2014 en la DM 2005/212/JAI), ahora bien, lo hacía como una opción o posibilidad del Estado en relación a su inclusión en el ordenamiento penal interno, y con la Directiva de 2014 lo que hizo fue imponer la preceptiva incorporación al derecho interno de los Estados Miembros, y por ello el artículo 6 de la mencionada Directiva de 2014 especificó que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor correspondan a productos, que directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros –el intermediario-, de un sospechoso o un acusado...” en los supuestos previstos en el precepto.

⁴⁷ *Vid.* en relación al artículo 13 PD, el Considerando número 24 de la misma norma.

Por lo tanto el legislador comunitario de la propuesta, se basa en una serie de presunciones, que exigen al tercero, no sólo que no conozca el origen delictivo de los bienes, efectos o ganancias, sino también que no tenga motivos para sospechar que de esa forma se dificultaba el decomiso, esto es lo que se conoce en EEUU como “ignorancia deliberada”.⁴⁸

Esta propuesta de regulación está en plena sintonía con la legislación nacional, pues en nuestro país, el nivel de conocimiento que se le exige al tercero es un elemento central de la figura. No obstante, recordemos que el legislador español, no recogió la referencia explícita al tercero de buena fe del art. 6.2 de la Directiva de 2014, habiendo desaparecido la contenida en el antiguo art. 127 CP⁴⁹. Esta referencia se recoge nuevamente, de forma específica en el art. 13.2 de la PD⁵⁰, y esperamos que, en esta ocasión, en la adaptación de nuestra legislación, sea más contenido el legislador nacional y si se vuelva a incorporar a nuestro ordenamiento, pues, en cualquier caso, y como ya ha apuntado el Tribunal de Justicia de la UE, no deberán verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe.⁵¹

⁴⁸ Al respecto *vid.* CORCOY BIDASOLO, M.L., “Comentario al Título VI. De las consecuencias accesorias”, en *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, CORCOY BIDASOLO Y MIR PUIG (directores). Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 451. Visto de esta manera, para el legislador español una conducta imprudente sería suficiente para adoptar el decomiso de terceros. Por lo que, como afirma CORCOY BIDASOLO, *op. cit.*, pág. 403. depende del alcance que se le dé a la figura, pues podría infringir el derecho de propiedad que forma parte de las normas imperativas internacionales de *ius cogens*.

⁴⁹ La referencia al tercero de buena contenida en el antiguo art. 127 CP y en el artículo 6.2 de la Directiva 2014/42/UE, se concreta en aquellos con desconocimiento y ausencia de negligencia en orden a las circunstancias de la transmisión del bien.

⁵⁰ Concretamente el art. 13.2 señala que “*El apartado 1 no afectará a los derechos de terceros de buena fe.*”

Sobre la buena y mala fe del tercero titular, *vid.* MARTÍN PÉREZ, J.A., “El comiso de bienes propiedad de “tercero”; análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 19, enero-diciembre 2005, pág. 225-258.

⁵¹ Sobre esta cuestión, es de interés la Sentencia de 21 de octubre de 2021 del TJUE -Sala tercera- (Asunto C-845/19 Okrazhna prokuratura-Varna) que fue dictada en el marco de un procedimiento prejudicial en relación a la Directiva 2014/42/UE, y que en su párrafo 85 relativo a la cuarta cuestión prejudicial planteada, concreta que es necesario que la persona afectada, aún, siendo una persona distinta del autor de la infracción penal, es decir un tercero en posesión del bien, tenga la facultad de intervenir como parte en el

Actualmente, y pendientes de lo que suceda con la transposición de la nueva Directiva, la previsión comunitaria del artículo 6 de la Directiva de 2014 actualmente vigente se proyectó por el legislador español en el art. 127 quater del CP, aunque fue más allá del contenido de la Directiva, al permitir también el decomiso de un valor equivalente⁵². Recordemos que la Directiva 2014/42/UE es una norma de mínimos, y en su transposición, el legislador español desbordó con creces las previsiones del legislador europeo, articulando un proceso penal para la intervención de este tercero en el que se ve afectado el sistema de derechos y garantías básicas en materia sancionadora propio de un Estado democrático y de derecho⁵³. En este sentido, por una parte y como hemos señalado, el legislador nacional no recogió la referencia explícita al tercero de buena fe que se hizo en la Directiva de 2014, y por otra parte conformó un sistema con dos supuestos en los que se presume la falta de buena fe por parte del tercero, propiciando

procedimiento de decomiso en defensa de sus intereses, en virtud el artículo 47 de la CDFUE.

⁵² La primera apreciación que hemos de hacer sobre la actual regulación del art. 127 quater CP, es que estamos ante una facultad del juzgador que “*podrá decomisar, en determinados casos, los bienes efectos y ganancias que hayan sido trasferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos*”. Y el catálogo de posibilidades que establece el actual artículo 127 quater del CP es cerrado, y distingue dos supuestos, relativos a los efectos y ganancias, y otros bienes:

a) El decomiso de los efectos y ganancias, procederá cuando los terceros los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando de haber sido diligentes, habrían tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) El decomiso de otros bienes, procederá cuando los terceros los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultada su decomiso.

⁵³ A la vista de esta regulación, y de la amplitud con la que se entiende ese tercero, GASCÓN INCHAUSTI, señala acertadamente que “ofrece cabida a una estrategia de política criminal encaminada a lograr el máximo decomiso con el menor esfuerzo procesal”, y por ello es necesario aplicar al tercero unas garantías procesales equivalentes a las que se ofrecen al propio investigado. *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: La intervención en el proceso de terceros afectados por el decomiso y el proceso para decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, núm. 38, pág.1.

el decomiso de forma directa, sin que sea subsidiario de un decomiso directo, en una política de decomiso total⁵⁴.

Por otro lado, en nuestro país, la intervención del tercero afectado por el decomiso se regula como una intervención provocada, sin que dicho tercero pueda instar su participación, lo que es sorprendente por cuanto su participación es un derecho, y por lo tanto hay que concretar y amparar la necesidad de un llamamiento previo y la posibilidad de comparecer y alegar de dicho tercero⁵⁵. Y es que no hemos de olvidar que el tercero afectado, en cuanto ejercicio de su derecho de defensa, ha de participar en el debate procesal que pretende concretar la existencia de un hecho delictivo, incluso, si ello supone participar en el debate sobre la responsabilidad penal del investigado y acusado. Y en base a este mismo derecho de defensa, no es admisible su tratamiento como parte pasiva singular y limitada, lo cual se puede constatar en el tratamiento que se hace al tercero en condición de testigo, pues en dicha condición tendría el deber general de declarar en la causa -salvo que exista dispensa para declarar-, y no tendría derecho al silencio o a no declarar contra sí mismo.

En definitiva y aunque la situación actual de la regulación del decomiso de bienes de terceros, supone un avance significativo, presenta

⁵⁴ Estas son las razones que hacen que AGUADO CORREA, en relación a este Decomiso de Terceros diga “que para el Gobierno los fines justifican los medios, aunque vulneren derechos fundamentales y principios constitucionales, y que la eficacia está por encima de las garantías”, *Vid.* AGUADO CORREA, T., «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* n° 1, 2014, pág. 47. Y por ello no sorprende que, en toda la regulación de las terceras personas relacionadas con los bienes a decomisar, esté presente un “tono sospechoso”, *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Ed. Aranzadi 2017, pág. 209.

⁵⁵ La llamada al proceso penal y la intervención de terceros afectados por el decomiso, se regula en el artículo 127 quáter del CP, y en los artículos 803 ter a) a 803 ter d) de la LECr. que se ocupan de la “Intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso”. Estos preceptos, que se han incorporado en nuestra LECr. por la reforma operada en la misma por la Ley 41/2015, introducen un instrumento procesal específico que regula la intervención y entrada en el proceso de dichos los terceros. Se trata de establecer un mecanismo de protección para que aquél que vaya a verse desprovisto de bienes por su vinculación a un hecho delictivo, pueda defenderse frente a la posible afectación de los mismos por el decomiso, por ello entendemos que se trata de un derecho. *Vid.* BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA/GOMEZ COLOMER/BARONA VILAR/ESPARZA ELIBAR/ETXEBERRIA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal* (23 edición) Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 585.

deficiencias y contradicciones, pues la lucha contra el crimen organizado, y la búsqueda de la deseada eficacia en esta “guerra” no puede hacerse devaluando el estatus de tercero, que no cuenta con las mismas herramientas que el sospechoso y acusado en la defensa de sus intereses en el marco de un proceso penal sancionador. Esperemos que, en la transposición de la nueva propuesta de Directiva, se tengan en cuenta estas observaciones y se produzcan una mejora sustantiva de la regulación actualmente vigente.

5.2.2. Decomiso ampliado y decomiso no basado en sentencia condenatoria

Por lo que se refiere al denominado **decomiso ampliado**, el artículo 14 de la propuesta de Directiva exige a los Estados miembros que permitan el decomiso de bienes de una persona condenada cuando el órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro tenga la certeza de que los bienes proceden de una actividad delictiva⁵⁶. Y, en su apreciación, el órgano jurisdiccional nacional debe atender a todas las circunstancias del caso, incluido el hecho de que el valor del bien sea desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos de la persona condenada. La regulación de la propuesta, en comparación con la Directiva actual sobre decomiso, establece que esta posibilidad debe existir para todos los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En cuanto al **Decomiso no basado en sentencia condenatoria** (art. 15 PD), se exige a los Estados miembros que prevean la posibilidad de decomiso cuando se disponga de todas las pruebas de infracción penal, pero no sea posible la sentencia condenatoria debido a un número limitado de circunstancias. Entre estas circunstancias, además de la enfermedad⁵⁷ y la fuga (ya incluidas en el art. 4.2 de la Directiva de 2014), tenemos como novedad, el fallecimiento del sospechoso o acusado, así como la inmunidad o amnistía del mismo según la legislación nacional, o el hecho de que hayan expirado los plazos estipulados en la legislación nacional cuando dichos plazos no sean lo suficientemente amplios para permitir la

⁵⁶ Considerando número 25 de la Propuesta de Directiva.

⁵⁷ Por “enfermedad” debe entenderse la imposibilidad del sospechoso o acusado de comparecer en el proceso penal durante un período prolongado de tiempo y que, en consecuencia, el proceso no pueda continuar, (Considerando número 27).

investigación y el enjuiciamiento efectivo de la infracciones penales pertinentes.

Este tipo de decomiso sin sentencia de condena previa se limitará a las infracciones penales que puedan dar lugar directa o indirectamente a una ventaja económica sustancial, y únicamente en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que concurren todos los elementos de la infracción (art. 15.2 PD). El legislador comunitario es especialmente cuidadoso aquí, pues es consciente de la importancia y trascendencia de esta disposición así como de los problemas que puede plantear respecto de los derechos y garantías procesales del sospechoso y acusado, y por ello determina que el órgano jurisdiccional, antes de dictar una resolución de decomiso en este ámbito (sin sentencia condenatoria), habrá de velar 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” (art. 15.3 PD). Es por ello que también eleva la exigencia punitiva del delito (que incluirá los delitos previstos en el artículo 2 PD) para actuar el mecanismo, exigiendo que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años⁵⁸.

5.2.3. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas

Por último, en la propuesta de directiva, y constituyendo una auténtica novedad respecto de la regulación de 2014, se incorpora en su artículo 16 el Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas. El legislador comunitario introduce esta 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 a otras disposiciones de la Directiva⁵⁹. Dicho de otra manera, este decomiso procede, cuando no sea posible llevarlo a cabo de conformidad con los artículos 12 a 15 (decomiso ordinario, decomiso de valor, decomiso de terceros, decomiso ampliado), y se reúnan las siguientes condiciones (art. 16.1 PD):

⁵⁸ Considerando número 26 de la Propuesta de Directiva.

⁵⁹ Considerando número 28 de la Propuesta de Directiva.

- a) Los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva.
- b) La infracción penal contemplada en la letra anterior, pueda dar lugar, directa o indirectamente a una ventaja económica sustancial.
- c) El órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva.

Únicamente debe permitir el decomiso de activos cuando el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que los activos en cuestión proceden de actividades delictivas. Esta conclusión debe basarse en una apreciación global de todas las circunstancias del caso, incluido si el valor del bien es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de su titular (art. 16.2 PD). Y nuevamente en esta tipología de decomiso, al igual que en el decomiso ampliado, se prevé específicamente en la propuesta que, antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución, 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 (art. 16.4 PD). Es decir, que “los Estados miembros deben estipular y garantizar al titular la posibilidad efectiva de demostrar que el bien en cuestión procede de actividades lícitas”, tal y como señala el considerando número 28 *in fine* de la Propuesta de Directiva. Por último, al igual que sucede en el decomiso ampliado, el ámbito de aplicación en materia de delitos en este nuevo tipo de decomiso se limita a los que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años (art. 16.3 PD).

6. SISTEMA DE GARANTÍAS

Por lo que se refiere a las Garantías, las mismas se recogen en el Capítulo V de la propuesta de Directiva, con sólo dos artículos, el artículo 22 dedicado a la obligación de informar a las personas afectadas y el artículo 23 que se ocupa de los recursos⁶⁰. Las disposiciones sobre

⁶⁰ En este sentido la propuesta de Directiva sigue la línea de la Directiva 2014/42/UE, pues afecta sustancialmente a los derechos personales, no sólo de los sospechosos o acusados, sino también de terceros no procesados, y en esta medida es necesario

garantías se basan en el artículo 82, apartado 2, del TFUE, y se aplicarán a los delitos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartados 1, 2, 3 y 4 de la Propuesta de Directiva.

Las garantías contempladas en esta sección se basan en gran medida en las disposiciones actuales de la Directiva sobre decomiso de 2014⁶¹, además de incluir clarificaciones adicionales para mejorar la eficacia de las garantías y facilitar la adaptación a las nuevas normas sobre protección de datos. Sin duda alguna las resoluciones de embargo y decomiso afectan sustancialmente a los derechos de los sospechosos y acusados y, en determinados casos, de terceros no procesados. Es por ello que la Directiva debe contemplar garantías específicas y recursos judiciales que protejan sus derechos fundamentales al aplicarse, en consonancia con el derecho a un juez imparcial, el derecho a la tutela judicial efectiva, y la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁶² La propuesta de Directiva, de entrar en vigor, ha de interpretarse de conformidad con la

establecer las garantías y recursos judiciales que aseguren la protección de los derechos fundamentales de todos los afectados. Es por ello una exigencia para el legislador comunitario, la protección de los derechos de los justiciables y a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo.

⁶¹ Y naturalmente en las Directivas ya publicadas sobre derechos de los justiciables que forman un auténtico corpus jurídico sobre derechos y garantías procesales básicos, como: la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales; y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad; la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; y la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. *Vid.* sobre derechos procesales en la UE. FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Ed. Thomson Reuter Aranzadi, 2017.

⁶² *Vid.* Considerando número 33 de la Propuesta de Directiva.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por lo que los Estados miembros deberán adoptar medidas para garantizar que las personas afectadas tengan derecho a la tutela judicial efectiva, y a un juicio justo (incluido el principio *ne bis in ídem*), salvaguardando la observancia de la presunción de inocencia, y previniendo la existencia de vías de recurso judicial efectivo ante un órgano jurisdiccional así como el derecho a ser informado sobre como ejercer dichos recursos.

En primer lugar las personas afectadas, ya sea por las resoluciones de embargo con arreglo al artículo 11, las resoluciones de decomiso con arreglo a los artículo 12 a 16 y las órdenes de venta de los bienes con arreglo al artículo 20, han de ser informadas de dichas medidas, incluidos los motivos (artículo 22 PD). Por lo tanto el primer pilar básico para articular la garantía de los afectados se fundamenta en la información o comunicación de la resolución que corresponda, incluida los motivos de la misma. El considerando número 34, es más genérico en esta obligación al señalar que “...dicha comunicación debe, por regla general, indicar el motivo o motivos de la resolución en cuestión”, por lo que al hablar de una “regla general” se ha de entender que existen excepciones. Por otro lado la propuesta de directiva concreta que, cuando no sea posible una condena penal, el acusado, o titular afectado ha de ser oído antes de adoptarse la resolución, salvando de esta manera el derecho de defensa (considerando n. 34 PD).⁶³

En segundo lugar, el artículo 23 PD contempla requisitos más específicos, que garantizan vías de recurso efectivas contra las medidas adoptadas con arreglo a lo dispuesto en la mencionada propuesta de

⁶³ En concreto el considerando número 34, dispone que “Las resoluciones de embargo, decomiso y venta anticipada deben comunicarse sin demora a la parte afectada. El objetivo de comunicar dichas resoluciones es, entre otros, permitir que la persona afectada pueda impugnarlas si así lo desea. Por lo tanto, dicha comunicación debe, por regla general, indicar el motivo o motivos de la resolución en cuestión. La parte afectada debe tener la posibilidad efectiva de impugnar las resoluciones de embargo, decomiso y venta anticipada. En el caso de las resoluciones de decomiso en las que se den todos los elementos de una infracción penal, pero sea imposible una condena penal, el acusado debe tener la posibilidad de ser oído antes de adoptarse la resolución. Debe preverse la misma posibilidad para el titular afectado por una resolución de venta de los bienes antes de su decomiso.”

Directiva, incluido, entre otras cosas, el derecho a asistencia letrada. En concreto el precepto dispone:

En primer lugar, que los Estados miembros deberán garantizar que las personas afectadas por las medidas establecidas en la propuesta de directiva, es decir sospechosos, acusados, terceros, tengan “derecho a la defensa, a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo a fin de preservar sus derechos”. Es decir se consagra, para los posibles afectados el estatuto básico de garantías y derechos procesales básicos.

En segundo lugar, consagra la “jurisdiccionalidad” del proceso estableciendo que la persona cuyos bienes se vean afectados pueda recurrir la resolución de embargo dictada con arreglo al art. 11 de la Propuesta de Directiva ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad judicial, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Derecho Nacional. Y cuando la resolución de embargo haya sido adoptada por una autoridad competente distinta a la judicial, el derecho nacional deberá habilitar que dicha resolución se someta primero a una autoridad judicial, para su validación o revisión antes de poder impugnarse un órgano jurisdiccional.

En tercer lugar, se pretende asegurar la posibilidad de oposición a la resolución que se adopte, y para ello se establece que cuando el sospechoso o acusado se haya fugado los EEMM deberán adoptar todas las medidas razonables para garantizar la posibilidad efectiva de ejercer el derecho a impugnar la resolución de decomiso, por lo que se exigirá que se cite a la persona afectada a comparecer en el procedimiento de decomiso o que se hagan esfuerzos razonables para que la persona tenga conocimiento de dicho procedimiento.

La cuarta garantía se concreta en la posibilidad efectiva y real de que la persona cuyos bienes se vean afectados recurra la resolución de decomiso y las circunstancias pertinentes del asunto ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad judicial con arreglo a los procedimientos del derecho nacional. Es decir, esta previsión legal del sistema de garantías de la Propuesta de Directiva exige de los Estados miembros no sólo que se habilite la posibilidad de recurrir la resolución de decomiso, sino que también se puedan impugnar las circunstancias pertinentes del asunto ante un órgano jurisdiccional; lo que significa que en el caso de decomiso de terceros, se incluirán los hechos y circunstancias en los que se basó la constatación de que el tercero sabía o habría debido saber que la finalidad de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso; o en el caso de los

artículo 14 a 16, los hechos específicos y las pruebas disponibles sobre cuya base se considere que los bienes en cuestión proceden de una actividad delictiva; o en el caso del artículo 15, los hechos y pruebas sobre cuya base el órgano jurisdiccional nacional haya llegado a la conclusión de que concurren todos los elementos de la infracción.

En quinto lugar, prevé la propuesta de Directiva una cláusula de ajuste o de escape, que intenta prevenir excesos, permitiendo que el juzgador, utilizando el criterio de proporcionalidad, pueda no resolver el decomiso “en la medida en que resulte desproporcionado en relación con la infracción cometida o con la acusación contra la persona afectada por el decomiso” (art. 23.5 PD). Deberán ser los EEMM los que determinen estas “circunstancias excepcionales”, en las que no se resolviera el decomiso si “la persona afectada puede quedar en situación de penuria injustificada”, expresión está última, que sin duda necesitará de precisión jurisprudencial, y que aunque es matizada algo más por el considerando número 35 de la propuesta refiriendo que “*la persona afectada se encuentre en una situación en la que sea muy difícil sobrevivir, y las circunstancias del caso concreto deberán ser decisivas*”, tampoco aclara mucho.

En sexto lugar, se prevé que en el caso de venta anticipada del bien (art. 20 PD), el recurso a interponer contra la resolución que concrete la misma, por la persona cuyos bienes se hayan visto afectados, deberá tener efecto suspensivo.

Como séptima garantía se establece específicamente que los terceros tendrán derecho a reclamar la titularidad del bien u otros derechos de propiedad, incluso en los casos a los que hace referencia el artículo 13 de la Propuesta de Directiva. Lo que revela que el legislador comunitario es consciente de la debilidad del tercero en este proceso, por lo que explicita esta garantía concreta⁶⁴.

⁶⁴ Hay que tener en cuenta, cuenta que para que sea legal el decomiso de bienes de terceros éste tiene que haber sido oído, cuando menos en el juicio oral, antes de ser tomada una decisión de importancia para sus intereses jurídicos. De no hacerlo, se le reconoce el derecho a pedir la rescisión de la sentencia por afectar la misma a sus bienes, derechos o situación jurídica (art. 803 ter d.1 I LECr.), puesto que se habrá acordado el decomiso de sus bienes sin darle la oportunidad de oponerse al mismo, por desconocer su existencia (art. 803 ter d.2 LECr.). Ahora bien, en el caso de que el tercero sea llamado finalmente a intervenir, y no se personase, en este supuesto, si cabría adoptar el decomiso de bienes de terceros en rebeldía.

Y en último lugar, como cláusula de cierre del sistema de garantías, la propuesta de Directiva concreta que las personas afectadas tendrán derecho a asistencia letrada durante todo el procedimiento de embargo y decomiso, y así mismo deberán ser informadas de este derecho.

REFLEXIÓN FINAL

Como vemos, el legislador comunitario conforma en la propuesta de directiva una arquitectura jurídica que pretende mejorar la regulación de 2014, buscando una mayor eficacia y superando las graves deficiencias que la misma ha planteado en los distintos países. Pero estos objetivos no se deben alcanzar devaluando derechos y garantías básicas de los sospechosos y acusados e incluso de terceros, como la presunción de inocencia, el derecho a un proceso justo, y el respeto al principio *ne bis in idem*, entre otros, ni siquiera recurriendo a las presunciones, pues el Estado que procede al decomiso de bienes, no hace valer un derecho sino que ejerce el *ius puniendi*, la potestad sancionadora de la que está investido, y por lo tanto exige la aplicación de todas las garantías inherentes a un proceso penal. Estos derechos procesales básicos, son la “espinas dorsal”, el “ADN”, no ya de la institución del embargo y decomiso, sino de cualquier proceso penal, por lo que no cabe sortearlos, devaluarlos, o esquivarlos, arguyendo imaginativas cláusulas de escape, o abusando del principio de proporcionalidad, o dejando la decisión en manos del juez sin practicar un mínimo de prueba⁶⁵.

Este análisis de urgencia de la propuesta de Directiva, nos revela cómo el legislador comunitario avanza y profundiza en la línea de prescindir del

⁶⁵ Recordemos que el legislador nacional, en la transposición de la Directiva de 2014, optó por el sistema de indicios, y así lo puso de manifiesto en la exposición de motivos de la LO 1/2015, apartado VIII, señalando que el decomiso ampliado no precisa una “prueba plena”, una acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento. En dicha exposición de motivos se transcribe de forma casi literal el Fundamento de Derecho Primero de la STS núm. 740/2015, núm. Recurso 818/2015 de 26 de noviembre.

Y así mismo, el legislador nacional en la misma exposición de motivos destaca que la reforma llevada a cabo, se ajusta a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, puesto que el decomiso ampliado no es una pena, y no persigue reprochar al condenado un hecho delictivo –una declaración de culpabilidad- sino alcanzar fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita. En definitiva, para el legislador nacional, el decomiso ampliado es una figura ajena al régimen o sistema de sanciones penales. Posición ésta que no compartimos en absoluto.

nexo necesario entre el delito posible objeto de condena y los bienes que se pretenden decomisar, y concibe el decomiso como un instrumento para eliminar y neutralizar los posibles rendimientos y beneficios de actividades delictivas. Ahora bien, para alcanzar este objetivo, que es muy loable, se articula un marco normativo que tensiona hasta el extremo el complejo estatuto de derechos y garantías del justiciable en el proceso penal, en especial en el decomiso ampliado (14 PD), en el decomiso de patrimonio no explicado (16 PD), y en el decomiso de terceros (art. 13 PD). Por ello cuestiono aquí, no la finalidad de este decomiso sino su regulación y alcance como posible vulneradora de derechos y garantías constitucionales, entre otros el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Y es que la propuesta de directiva analizada, aunque supone mejoras sustantivas respecto de la regulación actualmente vigente, se encuadra en una política de decomiso total, que busca la eficacia, rompiendo los equilibrios del proceso penal, que son consustanciales a los Estados de Derecho.

No podemos olvidar que, por mucho que el legislador mantenga lo contrario, en nuestro país se sigue el modelo continental, y el decomiso se acuerda por un tribunal penal. Una institución no es civil o penal por la denominación con la que se la califique, sino por el conjunto de propiedades que la hacen formar parte de un determinado ámbito jurídico predeterminado por el propio legislador. A lo que hemos de añadir que el hecho de que el decomiso no sea, en rigor, una pena y que no presuponga una declaración de culpabilidad, en modo alguno minorra o altera su naturaleza de manifestación del *ius puniendi* en el ámbito penal. Y por lo tanto exige y requiere de la aplicación plena del sistema de garantías y derechos del justiciable.

Por último, es el momento también ahora, con la nueva propuesta de Directiva, de dar respuesta a las limitaciones de la intervención del tercero en el proceso, reformando y adecuando la legislación vigente, en especial a la luz de la garantía cuarta recogida en el art. 23 de dicha propuesta. Pues la regulación contenida en nuestra LECr configura un sistema de intervención del tercero afectado en el proceso, en el que lo dota de un estatus de parte singular y limitado que, en cierta forma, compromete y minorra el derecho de defensa del mismo, pues su intervención vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado. Sin duda alguna el legislador ha

querido marcar las diferencias entre el estatus de encausado en el proceso penal principal y el estatus del tercero afectado por el decomiso, y aunque bien es cierto que no son lo mismo, una verdadera defensa debería llevar a su equiparación, más aún, considerando que estamos en el marco de un proceso penal, en el que están llamados a operar los derechos básicos del justiciable.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA/GOMEZ COLOMER/BARONA VILAR/ESPARZA ELIBAR/ETXEBERRIA GURIDI (2015), *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal* (23 edición) Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CORCOY BIDASOLO, M.L., (2015) “Comentario al Título VI. De las consecuencias accesorias”, en *Comentarios al Código penal, reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, CORCOY BIDASOLO Y MIR PUIG (directores). Tirant lo Blanch, Valencia.
- FAGGIANI, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Ed. Thomson Reuter Aranzadi, 2017.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019) *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Ed. Dykinson, Madrid.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2018) “La intervención de terceros afectados por el Decomiso”, págs. 493-522 en AAVV “*Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*”, Arangüena Fanego, C. y De Hoyos Sancho, M. (directoras), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2022) “Deficiencias y contradicciones del decomiso de terceros en la lucha contra el crimen organizado”, pág. 343-380, en AAVV “*Respuesta Institucional y normativa al Crimen Organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*”, GARRIDO CARRILLO, F.J. (director). Ed. Aranzadi, Navarra.

GASCÓN INCHAUSTI, F.,(2016) “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: La intervención en el proceso de terceros afectados por el decomiso y el proceso para decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38.

MARTÍN PÉREZ, J.A., (2005) “El comiso de bienes propiedad de “tercero”; análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 19, enero-diciembre 2005, pág. 225-258.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., (2017) *El decomiso de activos ilícitos*, Ed. Aranzadi, Navarra.

SPIEZIA, F., y FAGGIANI, V., (2022) *Ataque a Europa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.