

LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL DECOMISO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA*

THE PROGRESSIVE EXPANSION OF CONFISCATION IN THE EUROPEAN UNION LAW

MARIO MARAVER GÓMEZ¹

Resumen

El decomiso ha adquirido un papel central en la lucha contra la delincuencia organizada, siendo promovido a nivel internacional y especialmente por la Unión Europea. Desde finales del siglo XX, la Unión Europea ha impulsado una ampliación progresiva de esta medida, buscando superar los obstáculos para su aplicación y reforzar su efectividad. Este artículo analiza la evolución normativa del decomiso en la Unión Europea, desde sus primeras regulaciones hasta la reciente Directiva (UE) 2024/1260, destacando los debates sobre su alcance, naturaleza jurídica y compatibilidad con los principios fundamentales europeos.

Palabras clave

Decomiso, delincuencia organizada, Unión Europea, recuperación de activos, prevención.

Abstract

Confiscation has taken on a central role in the fight against organized crime, being promoted internationally and especially by the European Union. Since the late 20th century, the European Union has driven a progressive expansion of this measure, seeking to overcome obstacles to its application and enhance its effectiveness. This article examines the regulatory evolution of confiscation in the European Union, from its early regulations to the recent Directive (EU) 2024/1260, highlighting debates on its scope, legal nature, and compatibility with fundamental European principles.

*Este trabajo aparece publicado en el libro colectivo titulado “Repensando las consecuencias jurídicas del delito”, dirigido por Daniel Rodríguez Horcajo y Gonzalo Javier Basso, en la editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en 2007. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: mario.maraver@uam.es

Keywords

Confiscation, organized crime, European Union, asset recovery, prevention.

Sumario: I. Introducción. II. Las primeras normas internacionales sobre el decomiso. III. Pasos decisivos en la ampliación del decomiso: la Decisión Marco 2005/212/JAI y la Comunicación de la Comisión de 2008. IV. La Directiva 2014/42/UE. A) Decomiso directo y decomiso de valor equivalente. B) Decomiso ampliado. C) Decomiso de terceros. D) Decomiso no basado en condena. E) El Informe de la Comisión sobre el decomiso no basado en condena. V. La Directiva (UE) 2024/1260. A) Decomiso directivo y decomiso de valor equivalente. B) Decomiso de bienes de terceros. C) Decomiso ampliado. D) Decomiso no basado en una sentencia condenatoria. E) Decomiso de patrimonio no explicado.

I. Introducción

Entre las medidas o consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de un delito, una de las que más atención está recibiendo en los últimos tiempos es el decomiso.

Tanto en España como en otros muchos países, la regulación del decomiso está siendo objeto de profundos y significativos cambios, motivados fundamentalmente por el destacado papel que, a nivel internacional, se ha querido dar a esta medida en la lucha contra la delincuencia organizada. Desde finales del siglo pasado, varios organismos internacionales, preocupados por la creciente amenaza que representa esta forma de delincuencia, vienen llamando la atención sobre la necesidad de reforzar el uso del decomiso. Partiendo de la constatación de que la delincuencia organizada actúa generalmente con fines lucrativos y de que incluso cuando se mueve por otros fines requiere de grandes recursos económicos, se insta una y otra vez a los Estados a adoptar medidas que hagan posible decomisar o confiscar tanto los instrumentos como, sobre todo, los productos del delito. El decomiso de los productos o las ganancias del delito se presenta como una medida que no solo sirve para evitar el enriquecimiento injusto y restituir la legalidad y el *status quo* anterior al delito, sino que además cumple un doble objetivo: por una parte, disuadir de la comisión de delitos de carácter económico (prevención general) y, por otra parte, ahogar financieramente a las organizaciones criminales para impedir o dificultar su actuación (prevención especial). Junto a ello, se destaca cada vez más la importancia que tiene reintegrar a la sociedad el patrimonio decomisado, destinándolo a programas de apoyo a las víctimas o a otros fines de utilidad social. Son muchos, en definitiva, los motivos por los que el decomiso ha ido cobrando un particular protagonismo en la agenda política internacional².

² Cfr., con carácter general, AGUADO CORREA, T., *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 66-71; FARALDAO CABANA, P., "Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22, 2014, pp. 14-20; CARRILLO DEL TESO, A. E., "La recuperación de activos como estrategia contra la criminalidad" en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (dir.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 14-18 y 24-26,

Uno de los organismos que más ha contribuido a ello es la Unión Europea, que bajo el conocido lema de que “el delito no resulte provechoso” (“*Crime does not pay*”), ha convertido el decomiso y la recuperación de activos en una de sus principales armas contra la delincuencia organizada³.

En los últimos años, ante el aumento de esta forma de delincuencia y la escasa cantidad de bienes decomisados en comparación con los beneficios que se calcula que obtienen las organizaciones criminales, la atención de la Unión Europea se ha centrado especialmente en la posibilidad de ampliar el alcance del decomiso. Con el argumento de que una de las principales razones por las que no se hace un mayor uso del decomiso es la dificultad para establecer la relación entre el delito y los bienes de la persona, la Unión Europea ha ido sugiriendo nuevas modalidades de decomiso tendentes a ampliar su alcance y facilitar así su aplicación⁴.

La progresiva ampliación del decomiso a la que ha conducido esta evolución legislativa en el ámbito de la Unión Europea está planteando numerosos interrogantes, ya no solo sobre la forma de interpretar y aplicar las distintas modalidades de decomiso, sino también sobre la naturaleza jurídica de esta medida y su compatibilidad con los principios y derechos fundamentales que se reconocen en el contexto jurídico europeo.

El objeto del presente trabajo es explicar esta progresiva ampliación del decomiso que se ha venido produciendo en el Derecho de la Unión Europea desde finales del siglo pasado hasta la reciente Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos⁵.

En primer lugar, se hará un breve repaso de las normas que, tanto en el plano internacional como el concreto ámbito de Unión Europea, empezaron a reivindicar la importancia del decomiso en la lucha contra la delincuencia organizada, al tiempo que definían el contenido y alcance de esta medida, incluyendo algunas primeras propuestas de ampliación (*infra* II). Seguidamente, se centrará la atención en el importante punto de

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “El decomiso ampliado y la recuperación y gestión de activos como instrumentos para la persecución de la delincuencia económica y la corrupción”, en JIMÉNEZ GARCÍA, F. / ROPERÓ CARRASCO, J. (dir.), *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 255-258; MOYA GUILLEM, C. / TAPIA BALLESTEROS, P., “Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XLI, 2021, pp. 789-804.

³ La expresión procede de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, que lleva por título “Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»”, COM (2008) 766 final.

⁴ Se ha llegado a decir que la Unión Europea ha apostado por una política de “decomiso total” que persigue alcanzar la mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada, aun a riesgo de atentar contra las garantías propias del proceso penal. Así, recientemente, GARRIDO CARRILLO, F. J., “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, nº ext. monográfico 1, 2023, p. 346.

⁵ DO L, de 2.5.2024

inflexión que se produjo con la aprobación de la Decisión Marco 2005/212/JAI⁶ y con la Comunicación de la Comisión del año 2008 titulada “Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»” (*infra* III). Posteriormente, se expondrá el proceso que condujo a la Directiva 2014/42/UE y la forma en que se fueron configurando las nuevas modalidades de decomiso, con especial atención al “decomiso no basado en condena” (*infra* IV). Finalmente, se procederá al análisis de la reciente Directiva (UE) 2024/1260, realizando unas primeras consideraciones sobre la nueva modalidad de “decomiso de patrimonio no explicado” (*infra* V).

II. Las primeras normas internacionales sobre el decomiso

El decomiso empezó a adquirir protagonismo en la esfera internacional a medida que fue apareciendo en ciertos convenios internacionales, junto al blanqueo de capitales, como un instrumento útil en la lucha contra la delincuencia organizada y contra otras formas de delincuencia grave.

Uno de los primeros convenios en los que se presta especial atención a esta medida es el Convenio nº 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo). Aunque dos años antes, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena), instaba ya a los Estados a autorizar el decomiso de los instrumentos y los productos de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes⁷, es el Convenio de Estrasburgo de 1990 el que, en su preámbulo, define el decomiso como un método moderno y efectivo para luchar contra la “delincuencia grave”, exhortando por ello a los Estados a confiscar los instrumentos y productos del delito con carácter general⁸.

Tiempo más tarde, las Naciones Unidas volvían a destacar el papel del decomiso en la regulación de otras modalidades delictivas distintas del tráfico de drogas. Así, tanto en

⁶ 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 13.3.2005.

⁷ Al igual que haría poco después el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que en sus Recomendaciones nº 3 (posteriormente nº 4) y nº 38 invitaba a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para permitir a las autoridades competentes embargar y decomisar los productos o los instrumentos de los delitos de blanqueo; ampliándolo además a los delitos determinantes y a los delitos relacionados con la financiación del terrorismo.

⁸ Aun reconociéndoles la posibilidad de limitar su aplicación a cierta clase de delitos (art. 2) Téngase en cuenta que lo característico de este Convenio de Estrasburgo es precisamente su objetivo de generalizar la aplicación de las previsiones sobre blanqueo y decomiso que la Convención de Viena de 1988 había establecido en relación con los delitos de tráfico de estupefacientes. Años más tarde, el mismo Consejo de Europa, en su Convenio penal sobre corrupción (Convenio nº 173), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, insistía en la necesidad de que los Estados confiscaran los instrumentos y productos del delito; en este caso de los delitos de corrupción tipificados en el propio Convenio (art. 19.3).

la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000⁹ (Convención de Palermo), como en la Convención contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003¹⁰ (Convención de Mérida), se insta a los Estados a autorizar el decomiso de los instrumentos y los productos de los delitos comprendidos en tales convenciones, advirtiendo también de la obligación de adoptar las medidas necesarias para permitir la identificación, localización, embargo preventivo e incautación de los bienes con miras a su eventual decomiso, así como de cooperar internacionalmente para facilitar la ejecución de los decomisos dictados por los tribunales de otros Estados parte¹¹.

En la Convención de Mérida se subraya, además, la necesidad de evitar las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y de fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de tales activos. A esta “recuperación de activos”, entendida como una medida vinculada al decomiso, la Convención dedica todo el Capítulo V, manifestando que la “restitución de activos” constituye un principio fundamental de la Convención (art. 51)¹².

Por su parte, el Consejo de Europa procede algunos años después a desarrollar el Convenio de Estrasburgo de 1990 y aprueba el Convenio nº 198, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia), en el que se insiste en la importancia del decomiso, ofreciendo una regulación más detallada del mismo. En cuanto a su ámbito de aplicación se alude expresamente al delito de blanqueo y a toda una serie de delitos mencionados en el Anexo del Convenio, dejando en manos de los Estados la decisión de limitar su alcance a los delitos que lleven aparejado una pena o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o a un grupo específico de delitos, aunque reconociendo igualmente la posibilidad de los Estados de extender su ámbito de aplicación, en especial con respecto a los delitos considerados graves (art. 3).

En el marco de la Unión Europea, el primer documento en el que se proclama abiertamente la utilidad del decomiso en la lucha contra la delincuencia es el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo de la Unión Europea el 28 de abril de 1997¹³, que otorga al decomiso un protagonismo parecido al del propio delito de blanqueo, concebido ya no solo como un delito vinculado al tráfico

⁹ Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

¹⁰ Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003.

¹¹ Arts. 12 y 13 de la Convención de Palermo y arts. 31 y 54 de la Convención de Mérida.

¹² Sobre el concepto de recuperación de activos, distinguiendo entre un concepto restrictivo, utilizado sobre todo en el contexto de las Naciones Unidas, relacionado con la devolución al país de origen del dinero obtenido por delitos corrupción de carácter transnacional (cometidos normalmente por las autoridades nacionales) y un concepto amplio, utilizado por la Unión Europea, que abarca todas las medidas relacionadas con la localización, el embargo, la gestión, el decomiso y el uso final de los bienes decomisados, cfr. SIMONATO, M., “Directive 2014/42/UE and non-conviction based confiscation: a step forward on asset recovery?”, *New Journal of European Criminal Law*, 6-2, 2015, pp. 215-216; CARRILLO DEL TESO, A. E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 29-32.

¹³ DO C 251, de 15.8.1997

de drogas, sino como un delito destinado a prevenir la delincuencia organizada¹⁴. Este Plan de acción de 1997 recoge entre sus principales líneas de actuación el fortalecimiento de la normativa relativa tanto a la confiscación (decomiso) de los bienes procedentes del delito como al delito de blanqueo de capitales, que debe extender su aplicación “a los beneficios derivados de cualquier forma de delito grave” (Orientación política nº 11). En la Recomendación nº 26 se invita además a los Estados a “perfeccionar la localización e incautación de los bienes ilegales y la aplicación de las resoluciones judiciales sobre la confiscación de bienes de la delincuencia organizada” (letra b)¹⁵.

Lo declarado en este Plan de acción de 1997 se confirma después en la Acción Común, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo e incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹⁶. Inspirándose en el Convenio de Estrasburgo y en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en su versión de 1996, esta Acción Común desarrolla algunas previsiones sobre el decomiso. En el art. 1 se establece, por ejemplo, que los Estados miembros deberán aplicar la obligación de decomisar prevista el art. 2 del Convenio de Estrasburgo siempre que los delitos cometidos lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de más de un año.

La creciente importancia que se va dando a la figura del decomiso como instrumento de lucha contra la delincuencia organizada se hace todavía más evidente en el documento presentado por el Consejo de la Unión Europea el 3 de mayo de 2000, que lleva como título “Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”¹⁷. En el capítulo dedicado al “Seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito” (Cap. 2.7) se explica que, dado que “la principal motivación de la mayor parte de la delincuencia organizada es el beneficio financiero”, la prevención y el control de esta forma de delincuencia debe centrarse “en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito”. Seguidamente, se observa que “esta labor se ha visto obstaculizada, por ejemplo, por la lentitud del intercambio de información, las diferencias entre legislaciones, y la naturaleza engorrosa de los procedimientos burocráticos”. Para hacer frente a estos problemas, se formulan en el documento una serie de recomendaciones muy ilustrativas del desarrollo que posteriormente iba a experimentar el decomiso.

¹⁴ En la Directiva 91/308/CE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 166, de 28.6.1991), se había puesto previamente de manifiesto la voluntad de seguir lo previsto en el Convenio de Estrasburgo de 1990 y concebir el delito de blanqueo como un delito derivado de cualquier actividad delictiva y no solo de las mencionadas en la Convención de Viena de 1988.

¹⁵ En relación con el decomiso, señala también que deberían adoptarse normas “que hicieran posible la confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en que el autor del delito ha muerto o ha huido” (Recomendación nº 26, letra c).

¹⁶ Adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (98/699/JAI). DO L 333, de 9.12.1998.

¹⁷ DO C 124, de 3.5.2000

La primera recomendación consiste en pedir al Consejo que adopte algún “instrumento que exhorte a los Estados miembros a que revisen su legislación y la aplicación de la misma con respecto a las decisiones de seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los activos de origen delictivo, y a que a continuación establezcan, en caso necesario, unos estándares mínimos que posibiliten el reconocimiento mutuo y la ejecución de dichas decisiones lo antes posible en las investigaciones y procedimientos en materia penal” (Recomendación nº 16).

Junto a esta recomendación más general, se hacen otras recomendaciones orientadas ya no a reivindicar la importancia del decomiso, sino a facilitar y extender su aplicación, abriendo con ello la vía a la regulación de nuevas modalidades de decomiso. Son dos las recomendaciones que, en ese sentido, recoge la Estrategia. Una es la recomendación para valorar la necesidad de un instrumento que “teniendo en cuenta las mejores prácticas vigentes en los Estados miembros y con el debido respeto a los principios jurídicos fundamentales, introduzca la *posibilidad de mitigar, en virtud del derecho civil o penal o de la legislación fiscal, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada*” (Recomendación nº 19)¹⁸. Y otra es la recomendación para valorar la necesidad de un instrumento “sobre el decomiso que *no exija la presencia del delincuente*, de modo que pueda aplicarse en caso de que éste haya fallecido o haya huido” (Recomendación nº 20)¹⁹.

Tras la Estrategia del año 2000, se aprecia en el ámbito de la Unión Europea una clara tendencia a desarrollar la normativa relativa a la medida de decomiso, incluyendo algunas primeras normas que pretenden su ampliación.

Un impulso importante vino dado por las Convenciones de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000) y contra la corrupción (Mérida, 2003), que por aquellas mismas fechas contribuyeron a precisar el contenido y alcance del decomiso.

Hasta entonces, la normativa internacional y europea había destacado la importancia del decomiso, instando a los Estados a permitir su aplicación, pero no entraba en muchos detalles acerca de su regulación.

Se partía, en líneas generales, de que el “decomiso” o la “confiscación” (*confiscation*) implica la privación definitiva de un bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente (Art. 1 f. de la Convención de Viena) a raíz de un procedimiento relacionado con la comisión de un delito (art. 1 d. del Convenio de Estrasburgo).

¹⁸ Salvo que se indique lo contrario, las cursivas son siempre añadidas.

¹⁹ En términos parecidos a la citada Recomendación nº 26, letra c, del Plan de Acción de 1997.

Por otra parte, junto al decomiso en sentido estricto, se regulan determinadas medidas previas que pretenden facilitar su aplicación, como la identificación, la detección, el embargo preventivo o la incautación de los bienes (art. 5.2 de la Convención de Viena)²⁰.

Por lo demás, se produce poco a poco una generalización en su ámbito de aplicación, pues la regulación ya no se produce solo en el marco de los delitos relacionados con el tráfico de drogas (Convención de Viena), sino también en el marco de otros delitos relacionados con la criminalidad organizada o con la corrupción (Convenciones de Palermo y de Mérida); llegándose incluso a abogar por una aplicación general de esta medida, al menos con respecto a los delitos graves, dejando a los Estados la posibilidad de limitarlo a delitos que alcancen una determinada pena o medida de seguridad o a determinados delitos concretos (art. 2.2 del Convenio de Estrasburgo y art. 3 del Convenio de Varsovia). En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI)²¹, que es la primera norma sobre esta materia posterior la Estrategia del año 2000, confirma esa generalización del ámbito de aplicación del decomiso, instando a los Estados miembros a no formular reservas con respecto al ámbito de aplicación propuesto en el art. 2 del Convenio de 1990, al menos cuando los delitos lleven aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año (art. 1 a).

Por lo que se refiere al objeto del decomiso, junto al decomiso de los instrumentos o productos del delito, se alude también al decomiso de otros bienes cuyo valor corresponda a los *productos* del delito (art. 5.6 de la Convención de Viena de 1988 y art. 2.1 del Convenio de Estrasburgo). En el contexto de la Unión Europea, la citada Decisión Marco de 2001, que es la primera en pronunciarse a este respecto, reconoce igualmente la posibilidad de decomisar los bienes de valor equivalente a los *productos* del delito²².

²⁰ Las Convenciones de Palermo (2000) y de Mérida (2003) introducen posteriormente algunas definiciones algo más precisas sobre estas medidas previas al decomiso para dejar claro que el embargo preventivo (*freeze*) y la incautación (*seize*) hacen referencia a un mismo tipo de medida que consiste en la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o en asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente (art. 2 f. de ambas Convenciones).

²¹ DO L 182, de 5.7.2001

²² Concretamente, en su art. 3, relativo al “decomiso del valor”, en el que pide a los Estados que lo contemplen “al menos en los casos en que dichos productos no puedan ser aprehendidos”; permitiéndoles, no obstante, excluir esta forma de decomiso cuando dicho valor sea inferior a 4000 euros.

III. Pasos decisivos en la ampliación del decomiso: la Decisión Marco 2005/212/JAI y la Comunicación de la Comisión de 2008

Los cambios más importantes sobre el contenido y alcance del decomiso en la normativa europea se producen a partir de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, del 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito²³, que se convierte en la primera norma europea dedicada exclusivamente al decomiso, dejando al margen su relación con el delito de blanqueo de capitales.

En sus primeros considerandos, se insiste en la idea de que el principal objetivo de la delincuencia organizada transfronteriza es el beneficio económico y que, por tanto, cualquier intento de combatir esta forma de delincuencia debe centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito; siendo necesario evitar las divergencias que se producen entre las legislaciones de los Estados miembros. A continuación, se destaca la importancia de que los Estados no introduzcan ninguna reserva a las disposiciones del Convenio de Estrasburgo y extiendan el ámbito de aplicación de estas medidas a todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad de duración superior a un año (tal y como pasa a proclamarse expresamente en el art. 2.1)²⁴.

Es, sin embargo, en el considerando nº 10 en el que se pone de manifiesto que la principal finalidad de esta Decisión Marco es, en realidad, ampliar el objeto del decomiso. Se dice expresamente que la finalidad es “garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, *en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada*”²⁵. A su vez, en el considerando nº 6 se señala que la Convención de Palermo, en su art. 12, reconoce la “posibilidad de los Estados parte de *exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito* o de otros bienes expuestos a decomiso en la medida en que ello sea conforme con los principios de su Derecho interno y con la índole del proceso judicial”²⁶.

²³ DO L 68, de 15.3.2005

²⁴ A la vista de que no todos los Estados habían cumplido esa obligación. Cfr., en este sentido, CASANUEVA SANZ, I. / GIL NOBAJAS, S. / ARMAZA ARMAZA, E. J., “La Decisión Marco 2005/212: Antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencias accesorias del delito”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, 66-2, 2018, pp. 412-413.

²⁵ En el considerando nº 5 se recuerda que la Estrategia de la Unión Europea del año 2000 había sugerido estudiar la posibilidad de “mitigar, en virtud del Derecho penal, civil o fiscal, según el caso, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada”, teniendo en cuenta las mejores prácticas vigentes en los Estados miembros y el debido respeto a los principios jurídicos fundamentales.

²⁶ Al igual que hace el art. 31 de la Convención de Mérida y sugiere la Recomendación nº 4 del GAFI. La Convención de Viena, en su art. 5.7, invitaba directamente a los Estados a considerar “la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso”.

Esta finalidad relativa a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes se aborda en el art. 3, en el que se regula la llamada “potestad de decomiso ampliada” (*extended powers of confiscation*). Según se dispone en este precepto, a la persona condenada por una infracción penal que a) esté relacionada con la delincuencia organizada o con el terrorismo, b) pueda llegar a generar un beneficio económico y c) lleve aparejada una pena de entre 5 o 10 años en su grado máximo o, en el caso de los delitos de blanqueo, una pena de al menos 4 años en su grado máximo (apartado 1), se le podrán decomisar aquellos bienes sobre los que el órgano jurisdiccional esté *plenamente convencido* de que provienen de *actividades delictivas* realizada por la persona condenada (apartado 2); ya sea de una actividades delictivas desarrolladas “durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1” (letra a), de una actividades delictivas “similares” a la desarrollada “durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1” (letra b) o directamente “se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona” y se llegue a la convicción “de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva realizada por la persona condenada” (letra c).

Dejando de lado algunos problemas de interpretación que plantea la imprecisa redacción del apartado 2 de este art. 3²⁷, lo que está claro es que se trata de permitir el decomiso no solo de los bienes que provienen del delito por el que se ha condenado, sino también de bienes provenientes de *actividades delictivas* distintas de las que dan lugar a la condena; actividades que no han sido enjuiciadas en el proceso, pero sobre las que el órgano jurisdiccional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido. Es decir, el decomiso se amplía no sólo porque abarque productos del delito sobre cuyo vínculo se requiere un menor estándar probatorio, sino porque además alcanza bienes procedentes de *otros delitos* sobre los que a su vez se requiere un menor estándar probatorio. Esta ampliación del alcance del decomiso constituye un auténtico punto de inflexión en la evolución histórica de esta figura, dando paso a lo que se ha denominado “decomiso de segunda generación”²⁸.

Con este “decomiso ampliado” se pretende hacer frente a los problemas que se generan cuando no hay pruebas suficientes para vincular el patrimonio del que dispone el autor del delito y el concreto delito por el que es condenado; problemas que son

²⁷ Sobre algunas de las imprecisiones de la redacción y otros aspectos cuestionables de este apartado 2, cfr. CASANUEVA SANZ, I. / GIL NOBAJAS, S. / ARMAZA ARMAZA, E. J. 2018, pp. 417-418; NIŢU, D., en BERNARDI, A. (dir.) / ROSSI, F. (coord.), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Jovene Editore, Nápoles, 2019, pp. 65-66.

²⁸ Así, BOUCHT, J., “Asset confiscation in Europe – past, present, and future challenges”, *Journal of Financial Crime*, 26-2, 2019, pp. 530 y ss. A su juicio, la evolución continuaría con un decomiso de tercera generación centrado en el decomiso no basado en condena y un decomiso de cuarta generación vinculado a los mecanismos de enriquecimiento inexplicado.

particularmente frecuentes en el marco de la delincuencia organizada²⁹. Debido a esos problemas, en algunos países se había optado por reconocer ya esa modalidad de decomiso ampliado. En el contexto europeo, ese es el caso, por ejemplo, de Alemania e Italia, que la habían introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos a principios de los años noventa³⁰.

En líneas generales, lo que define esta modalidad de decomiso ampliado es la rebaja del estándar probatorio, el uso de presunciones legales o, incluso, la inversión de la carga de la prueba sobre el origen delictivo de los bienes³¹.

La Decisión Marco de 2005, en su art. 3.2, plantea la rebaja del estándar probatorio de dos maneras. En primer lugar, como criterio general, establece que para proceder al decomiso ampliado el órgano jurisdiccional ha de estar *plenamente convencido* de la procedencia delictiva de los bienes. Podría pensarse que, al utilizar esta expresión, no se está rebajando realmente el estándar probatorio, sino que acoge el estándar tradicional del proceso penal, pues no deja de ser una convicción “más allá de toda duda razonable” (*beyond reasonable doubt*)³². Sin embargo, es dudoso que se esté proponiendo el mismo estándar de prueba, pues si así fuera no habría razón para no aplicar el decomiso directo y la norma perdería su razón de ser³³. En este sentido, parece más razonable entender que dicha expresión implica necesariamente una cierta rebaja del estándar probatorio, sin perjuicio de que esté lejos del estándar de “probabilidad prevalente” o “balance de probabilidades” (*balance of probabilities*) propio del proceso civil. En segundo lugar, en la letra c) del art. 3.2 se hace una mención a la *desproporción entre el valor de los bienes identificados y los ingresos de la persona condenada* para definir uno de los criterios que pueden seguir los Estados para aplicar el decomiso ampliado. Esa referencia a la desproporción del valor de los bienes, sin embargo, no se hace para establecer una inversión de la carga de la prueba o para hacer directamente depender la decisión de que la persona ofrezca una explicación del origen de los bienes. Se trata de una presunción *iuris tantum* que no es suficiente por sí misma para proceder al decomiso, pero a partir de la cual se habilita al órgano jurisdiccional a que, *en atención a los hechos concretos*, llegue igualmente a la plena convicción de que los bienes tienen procedencia delictiva³⁴. En cualquier caso, al margen del concreto alcance de la rebaja del estándar probatorio introducida en el art. 3.2 de la Decisión Marco de 2005, lo cierto es que se estaba dando

²⁹ Cfr., por ejemplo, FERNANDEZ-BERTIER, M. “The confiscation and recovery of criminal property: A European Union state of art”, *Era Forum, Journal of the Academy of European Law*, 2016, p. 328; FARALDO CABANA, P., 2014, pp. 26-27; NIȚU, D., 2019, pp. 61 y ss.

³⁰ Cfr., respectivamente, CORREA AGUADO, T., 2000, pp. 125 y ss., en especial, pp. 147-148, y MAUGERI, A. M., “La transposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (ed.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 509-510.

³¹ Cfr., en este sentido, BOUCHT, J., “Extended Confiscation and the proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21, 2013, pp. 128-130.

³² BOUCHT, J., 2013, p. 133.

³³ NIȚU, D., 2019, p. 65.

³⁴ Cfr., al respecto, BOUCHT, J., 2013, pp. 133-134.

un paso importante para la progresiva ampliación del decomiso; una ampliación que, en la medida en que pretendía alterar el tradicional estándar probatorio del proceso penal, podía entrar en conflicto con los derechos fundamentales y los principios propios del Derecho penal, incluido el derecho a la presunción de inocencia³⁵.

Esta modalidad de decomiso ampliado del apartado 3 del art. 3 no es, sin embargo, la única novedad que introduce la Decisión Marco de 2005 en cuanto al alcance del decomiso.

El apartado 3 de ese mismo artículo invita también a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de “proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de *bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados*”. Se trata en este caso de una ampliación que afecta a la persona sobre la que puede aplicarse el decomiso, que ya no es solo el autor o responsable del delito, sino también otras personas con las que guarde una particular relación. Este “decomiso de terceros”, que aquí se regula como modalidad extendida o ampliada de decomiso, y que no contaba hasta ese momento con antecedentes en la normativa internacional, dará lugar poco tiempo después a una específica modalidad de decomiso³⁶.

Igualmente, el apartado 4 del art. 3, de manera un tanto escueta y sin ninguna explicación o justificación complementaria, abre las puertas a una nueva modalidad de decomiso que va a cobrar particular relevancia tiempo después. En dicho apartado se proclama la posibilidad de los Estados de “recurrir a *procedimientos distintos de los de carácter penal* para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”. En términos muy genéricos y sin aportar ninguna denominación, se está presentando aquí como modalidad “ampliada” del decomiso algo parecido a lo que, como a continuación se explicará, defendería luego la Comisión bajo el nombre de “decomiso sin condena penal”³⁷.

³⁵ La propia Decisión Marco se preocupa de incluir un art. 4 en el que insta a los Estados a garantizar que las partes afectadas dispongan de vías de recurso efectivas para defender sus derechos y un art. 5 en el que dice que la Decisión Marco no modifica la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, mencionando expresamente el derecho a la presunción de inocencia. Llamen la atención sobre ello, CASANUEVA SANZ, I. / GIL NOBAJAS, S. / ARMAZA ARMAZA, E. J., 2018, p. 419.

³⁶ Cfr., NIȚU, D., 2019, p. 75. Hasta ese momento, efectivamente, la única referencia a los terceros en relación con el decomiso consistía en una declaración general en el sentido de que la regulación en esta materia no puede perjudicar los derechos de los terceros de buena fe. Así, por ejemplo, el art. 5.8 de la Convención de Viena de 1988, el art. 3.8 de la Convención de Palermo de 2000, el art. 31.9 de la Convención de Mérida de 2003, o, en el ámbito de la propia Unión Europea, la Recomendación nº 16 de la Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio del año 2000.

³⁷ Cfr., en este mismo sentido, BLANCO CORDERO, I., “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. / ONTIVEROS ALONSO, M. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (coord.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*, Ubijus, México D. F., 2012, p. 345, para quien este art. 4.3 “abre así la puerta a la

Al margen de este art. 3, en lo que afecta al *objeto* del decomiso, el art. 2 de la Decisión Marco de 2005, al regular el decomiso ordinario, confirma la regulación anterior indicando que el decomiso puede recaer no solo sobre los instrumentos y los productos de las infracciones penales, sino también sobre otros bienes cuyo valor corresponda a tales *productos*; debiendo entenderse que ese “decomiso de valor” debe producirse en los mismos términos previstos en el art. 3 de la Decisión Marco de 2001.

Junto a la Decisión de Marco de 2005, otro paso importante en el proceso de ampliación y desarrollo normativo del decomiso en el ámbito de la Unión Europea es el que representa la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, titulada “Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»”³⁸. En ella, la Comisión Europea se suma explícitamente a la idea de que el decomiso y la recuperación de activos constituyen herramientas muy eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada. Acto seguido, no obstante, manifiesta su preocupación por el reducido número de decomisos efectuados, así como por la escasa cantidad de dinero recuperado en comparación con los ingresos estimados de la delincuencia organizada. Y ello a pesar de que durante los años posteriores a la Decisión Marco de 2001 se habían aprobado diversas normas destinadas a favorecer la cooperación entre los Estados miembros para la aplicación y el reconocimiento de las resoluciones de decomiso³⁹, incluyendo la obligación de crear o designar organismos nacionales de recuperación de activos para facilitar el seguimiento y la identificación de bienes que pueden ser objeto de embargo preventivo, incautación o decomiso⁴⁰. La Comisión apunta a que el problema puede encontrarse en la falta de armonización normativa y en la no utilización de nuevas formas más flexibles de decomiso. Se lamenta, en ese sentido, de que la regulación del decomiso en los diferentes Estados siga siendo muy diferente, afectando con ello al proceso de reconocimiento mutuo, y de que además no se haga suficiente uso de las nuevas formas de decomiso que extienden y facilitan la aplicación de esta medida, como la reciente modalidad de decomiso ampliado. Tras reconocer que la falta de claridad de las disposiciones normativas puede dar lugar, ciertamente, a una transposición fragmentada que dificulte el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso, aboga por una

instauración del decomiso sin condena o comiso civil”. No obstante, como destaca NIȚU, D., 2019, p. 75, la propia redacción del precepto revela que se trataría en todo caso de un decomiso civil particular, pues no parte de una acción *in rem* dirigida sobre los bienes ilícitos, sino de una acción *in personam* sobre el autor del delito, que es precisamente lo que, como se verá a continuación en el texto, va a condicionar el desarrollo posterior de esta nueva modalidad de decomiso.

³⁸ COM (2008) 766 final

³⁹ En concreto, la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196, de 2.8.2003); la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328, de 42.11.2006); y la 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).

⁴⁰ Art. 1 de la Decisión 2007/845/JAI

refundición del marco jurídico europeo que aporte mayor coherencia y claridad. Sin dejar de explorar, añade, “la posibilidad de introducir nuevas normas que amplíen los supuestos de comiso”⁴¹.

La principal sugerencia que realiza la Comisión, en este último sentido, es la regulación de un “decomiso sin condena penal (decomiso civil)”, en la línea que había propuesto el GAFI en su Recomendación nº 3, según la cual “los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que los productos o instrumentos [del delito] sean decomisados *sin que se requiera de una condena penal*”. Este decomiso, dice la Comisión, podría plantearse al menos en los tres siguientes casos:

i) “cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas”; aclarando que en este supuesto concreto “se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas”, y admitiendo que “en estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes”;

ii) “cuando la persona sospechosa de haber cometido determinados delitos graves haya fallecido, esté en fuga por un determinado período de tiempo o no pueda ser procesada por cualquier otro motivo”.

iii) en los “casos en los que las autoridades aduaneras incautan dinero en efectivo contraviniendo lo dispuesto en el Reglamento comunitario sobre los controles de dinero efectivo”⁴², pues en la medida en que ello no siempre presupone la comisión de un delito, podría ser oportuno contemplar una especie de decomiso civil.

Como puede verse, la Comisión concibe este decomiso sin condena penal como una especie de decomiso civil que puede desvincularse plenamente del proceso penal y que ya se había apuntado en la Decisión Marco de 2005 cuando en su art. 3.4 decía que los Estados “podrán recurrir a *procedimientos distintos de los de carácter penal* para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”⁴³.

⁴¹ Hay que tener en cuenta que la crisis financiera de 2008 había despertado un mayor interés por la criminalidad económica de cuello blanco, hasta el punto de que hay quien considera que este año marca un punto de inflexión en las estrategias de persecución del dinero de origen delictivo (*chasing criminal money*). Cfr., en este sentido, FERNANDEZ-BERTIER, M., 2016, pp. 327-328.

⁴² Reglamento (CE) nº 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada y salida de dinero efectivo de la Comunidad (DO L 309, de 15.11.2005).

⁴³ Con carácter general, sobre la diferencia entre decomiso penal y decomiso civil, cfr., tomando como referencia el sistema norteamericano, VOGEL, J., “The Legal Construction That Property Can Do Harm. Reflections on the Rationality and Legitimacy of «Civil» Forfeiture”, en RUI, J. P. / SIEBER, U. (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker and Humblot, Berlín, 2015, p. 227-229. El decomiso penal es el que se produce a partir de un procedimiento o de una acción *in personam* que se dirige sobre el autor de un

El propio GAFI, en un documento sobre buenas prácticas en materia de decomiso del año 2010, explica que la confiscación (decomiso) sin condena es una medida que puede adoptarse en el marco del proceso penal, pero también en un procedimiento diferenciado⁴⁴. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, en los países del *common law* (con el decomiso civil o “*civil forfeiture*”) y en algunos países latinoamericanos (con la llamada “extinción de dominio”)⁴⁵.

En cuanto a los casos en que puede ser útil este decomiso no basado en condena, el GAFI, en ese mismo documento de 2010, recoge una amplia lista de supuestos que van desde los casos de fuga, ausencia o desconocimiento acerca de la autoría, hasta los casos en que, por cualquier otro motivo técnico o procesal, no se puede obtener una sentencia condenatoria, incluyendo los casos en que hay pruebas suficientes para establecer el origen delictivo de los bienes, pero no para la condena penal⁴⁶.

Este decomiso no basado en condena penal, además de en la Recomendación nº 4 del GAFI, también se había planteado en la Convención de Mérida de 2003, que precisamente por las dificultades que existen en algunos casos de corrupción para condenar a los responsables, recomendaba a los Estados que consideraran la posibilidad de permitir el decomiso de los bienes “sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en *otros supuestos apropiados*” (art. 54.1 c)⁴⁷.

delito, mientras que el decomiso civil se produce a partir de un procedimiento o de una acción *in rem* destinada únicamente al decomiso de los bienes del delito, sin tomar en consideración la responsabilidad de las personas implicadas. En el decomiso civil, sostiene este autor, ni el delito ni la conexión entre el delito y los bienes debe ser probada más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), sino que tiene un estándar probatorio diferente basado en la probabilidad prevalente (*preponderance of probabilities*).

⁴⁴ Documento guía del GAFI, *Mejores prácticas, Decomiso (Recomendaciones 3 y 38)*, 19 de febrero de 2010, punto nº 15. Cfr., con más detalle, BLANCO CORDERO, I., “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 363-364.

⁴⁵ Cfr., a este respecto, BLANCO CORDERO, I., “El decomiso sin condena en la Unión Europea: Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en MAROTO CALATAYUD, M. / DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Buenos Aires, 2014, pp. 156-157 y 160-167; IDEM, 2012, pp. 339-344, destacando que, al tratarse de una acción real y no personal, puede utilizar criterios probatorios menos estrictos que los que se exigen en el decomiso penal.

⁴⁶ Puntos nº 16 y nº 17. Cfr., con más detalle, BLANCO CORDERO, I., 2012, pp. 350-356.

⁴⁷ En sentido parecido se había manifestado por esas mismas fechas el llamado Grupo de Lyon, perteneciente al G8, que en un documento de buenas prácticas sobre decomiso instaba a los Estados que no lo hubiera hecho ya a estudiar la posibilidad de extender o ampliar el decomiso, en la medida en que sea compatible con los principios fundamentales de su Derecho nacional, permitiendo la *confiscación de bienes en ausencia de condena penal*, exigiendo que el origen lícito de los presuntos productos derivados del delito o de otros bienes sea demostrado por el reclamante. *G8 Best Practices Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets*, 5.5.2003, punto 26.

Otra propuesta que formula la Comisión en la Comunicación de 2008 para ampliar el alcance del decomiso, pero que en realidad trasciende claramente esta medida, es la tipificación de un delito de “posesión de bienes injustificados”, con objeto de “perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas”.

Pocos años más tarde, la Comisión Europea vuelve a hacer referencia a estas propuestas sobre las nuevas modalidades de decomiso en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de noviembre de 2010, titulada “La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura”⁴⁸. En ella anuncia que propondrá la aprobación de una *norma general sobre el decomiso* en la que desarrollará tres particulares formas de decomiso: a) el “*decomiso de terceros*”, que recae sobre bienes “que han sido transferidos a terceros por una persona investigada o condenada”; b) la “*potestad de decomiso ampliada*”, que afecta a bienes que “están fuera del producto directo de un delito, por lo no es necesario establecer una conexión entre el producto del presunto delito y una conducta delictiva concreta”; y, por último, c) el “*decomiso no basado en condena*”, en el que no se requiere que “el propietario haya sido condenado previamente por un tribunal”.

En un primer momento, la respuesta tanto del Consejo como del Parlamento es favorable a estas propuestas de la Comisión.

En ese mismo año 2010, el Consejo, en un Documento en el que recoge una serie de “Conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos”⁴⁹, se mostraba igualmente partidario de desarrollar las nuevas modalidades de decomiso. Así, a la vista de la Comunicación de la Comisión de 2008 y de otra serie de informes y documentos, reconocía que, si bien la normativa europea establece que el decomiso debe decretarse en el marco de un procedimiento penal y que, por lo general, se requiere para su imposición una sentencia condenatoria, hay Estados miembros que tienen previsto en sus respectivos ordenamientos el decomiso no basado en condena, lo cual genera problemas en relación con el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso, pues algunos Estados no son partidarios de dar el mismo reconocimiento a este tipo de decomiso. Por esa razón, pide abiertamente a la Comisión y a los Estados que estudien maneras de reconocer regímenes de decomiso no basados en condena.

De la misma manera, “teniendo en cuenta la práctica habitual de transferir activos de origen delictivo a terceros conocidos con el fin de evitar el decomiso” y tomando nota de las problemas advertidos por la propia Comisión en cuanto a la aplicación nacional de las normas europeas relativas al decomiso ampliado, pide a la Comisión y a los Estados miembros que estudien también “la posibilidad de modificar la legislación con el fin de

⁴⁸ COM (2010) 673 final

⁴⁹ Documento del Consejo de la Unión Europea, de 28.5.2010. 7769/13/10

conseguir unos regímenes más eficaces para el decomiso a terceros y el decomiso ampliado”.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprovechó la presentación de un “Informe sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea”⁵⁰ para, al igual que habían hecho la Comisión y el Consejo, mostrar su preocupación por el aumento de la delincuencia organizada y reivindicar el decomiso como un instrumento eficaz de prevención y lucha frente a esta forma de delincuencia. En su Informe, el Parlamento comparte el diagnóstico de la Comisión sobre la necesidad de mejorar el marco normativo existente en materia de decomiso e invita directamente a la Comisión a presentar una *propuesta de Directiva* sobre la materia. En cuanto al contenido de esa Directiva, el Parlamento encarga expresamente a la Comisión que desarrolle el “decomiso ampliado” y el “decomiso en ausencia de condena”; al igual que solicita que se “fomente la inclusión en los ordenamientos nacionales de instrumentos para *reducir, en el ámbito del Derecho penal, civil o fiscal, según el caso, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos* en manos de una persona imputada por un delito relacionado con la delincuencia organizada”. En una línea parecida, el Parlamento pide que la Directiva incluya normas que “permitan el decomiso y la posterior confiscación en el caso de cesión de activos a terceros”.

IV. La Directiva 2014/42/UE

En 2012, la Comisión presenta una Propuesta de Directiva⁵¹ en la que explica que uno de sus principales objetivos es ofrecer a los Estados Miembros unas normas mínimas sobre el “decomiso directo”, el “decomiso de valor” (ambos dentro del art. 3, titulado “decomiso basado en condena”), el “decomiso ampliado” (art. 4), el “decomiso no basado en condena” (art. 5) y el “decomiso de terceros” (art. 6).

La 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 Europea⁵², acaba acogiendo esas mismas modalidades, aunque introduce algunos cambios relevantes en cada de una de ellas a partir de las enmiendas presentadas por el Parlamento y el Consejo⁵³.

⁵⁰ Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, de 6 de octubre de 2011. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. A7-0333/2011

⁵¹ COM (2012) 85 final. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012.

⁵² DO L 127, de 29.4.2014

⁵³ Sobre el contenido de las enmiendas, en las que se basa la explicación realizada en el texto, cfr. el Informe del Parlamento Europeo (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior), de 26.05.2013, A7-0178/2013, y la Orientación General del Consejo recogida en el Documento del Consejo, de 11.12.2012, 17287/12.

Desde el punto de vista sistemático, lo más llamativo es que la Directiva incluye dentro de un único artículo, titulado “decomiso” (art. 4), el decomiso directo u ordinario (apartado 1), el decomiso de valor equivalente (apartado 1) y el decomiso no basado en condena (apartado 2), dejando este último de regularse en un artículo independiente como se hacía en la Propuesta de la Comisión.

Por lo demás, tanto en la Propuesta como en la propia Directiva, la fórmula elegida para instar a los Estados a la regulación de estas modalidades de decomiso es la misma: se les obliga a adoptar las medidas necesarias que permitan o posibiliten su aplicación en los diferentes casos. Al tratarse, no obstante, de normas mínimas (art. 1), nada impide que los Estados vayan más allá en el alcance de las diferentes modalidades.

A. Decomiso directo y decomiso de valor equivalente

Con respecto al decomiso directo y al decomiso de valor equivalente, la Propuesta de la Comisión de 2012 apenas introduce modificaciones sobre las normas europeas anteriores. Por lo que se refiere al decomiso directo (art. 3.1), las novedades consisten únicamente en precisar que el decomiso se produce “de resultas de una resolución penal firme condenatoria” y en generalizar su ámbito de aplicación, suprimiendo la necesidad de que la pena impuesta sea superior a un año de prisión⁵⁴. En cuanto al decomiso de valor (art. 3.2), se mantiene la posibilidad de los Estados de decomisar bienes cuyo valor corresponda a los *productos* del delito.

En la Directiva de 2014, en relación con el decomiso directo regulado en el art. 4.1, el cambio que se produce es que, junto a la mención a la “previa resolución penal firme condenatoria”, se añade “que podrá ser también el resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado”. Además, se introduce un inciso para incluir el decomiso de valor equivalente, utilizando la expresión “o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o productos”, lo que supone extender el decomiso de valor equivalente también a los *instrumentos* del delito. No es algo que apareciera en la Propuesta de la Comisión, pero se incluye a partir de una enmienda del Parlamento (nº 29), que no viene acompañada de ninguna explicación complementaria a pesar de tratarse de una importante novedad en la normativa europea de decomiso⁵⁵.

⁵⁴ Llama la atención sobre ello 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*, 1/2014, p. 14.

⁵⁵ En el considerando nº 14 de la Directiva se afirma que este decomiso de valor equivalente con respecto a instrumentos y productos del delito es una obligación impuesta por la Decisión Marco 2001/500/JAI (DO L 182, de 5.7.2001), pero lo cierto es que esa Decisión Marco solo se refiere a los bienes de valor equivalente a los “productos” del delito (art. 3). Por lo demás, la única referencia a esta extensión del alcance del decomiso de valor equivalente se hace en el considerando nº 17, que establece que tal decomiso puede ser aplicado cuando resulte proporcionado en atención al valor de los instrumentos de que se trata, añadiendo también que los Estados pueden tener en cuenta para su aplicación en qué medida la persona condenada es responsable de imposibilitar el decomiso de los instrumentos. AGUADO CORREA, T. (“Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías”, *Revista Electrónica de Ciencias*

B. Decomiso ampliado

Por lo que respecta a los “poderes de decomiso ampliados” -o “decomiso ampliado”, como lo acaba denominando la Directiva de 2014-, la redacción que se propone en el art. 4 de la Propuesta de 2012 es más simple y precisa que la que recogía el art. 3.2 de la Decisión Marco de 2005, que, a juicio de la Comisión, dificultaba el reconocimiento mutuo por parte de los Estados al plantear alternativas diferentes⁵⁶. El decomiso ampliado de este art. 4 de la Propuesta se refiere ahora a “bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, cuando un tribunal concluya, basándose en *hechos concretos*, que es considerablemente *más probable* que los bienes en cuestión procedan de *actividades delictivas similares* cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades”. Se cumple así el objetivo principal que se manifestaba en aquella Decisión Marco y que no es otro que rebajar el estándar probatorio en relación con la procedencia delictiva de los bienes, llegando para ello a reconocer también la posibilidad de decomisar bienes procedentes de delitos distintos (aunque similares) de los enjuiciados en el proceso que da lugar al decomiso. La Propuesta, no obstante, va más allá de la Decisión Marco de 2005 en dos sentidos importantes: por una parte, no exigiendo que el órgano judicial llegue a la plena convicción de la procedencia delictiva de los bienes, sino sólo que concluya que es “*considerablemente más probable*” que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas; por otra parte, *generalizando por completo* su aplicación, no limitándola a los casos en que el delito enjuiciado está relacionado con la delincuencia organizada. Ambos aspectos son corregidos en la versión definitiva de la Directiva.

La Directiva, efectivamente, en su art. 5, a partir de las enmiendas del Parlamento y del Consejo, modifica la redacción de la Propuesta para, fundamentalmente: 1) cambiar el estándar de la considerable mayor probabilidad por el de *haber resuelto* (*the court is satisfied that*); 2) prescindir de la necesidad de que las actividades delictivas de las que proceden los bienes sean *similares* a las actividad sancionada⁵⁷; 3) especificar que la condena debe ser por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una *ventaja económica*, y 4) mencionar la *falta de proporción entre el valor de los bienes que se pretende decomisar y los ingresos lícitos* de la persona condenada como uno de

Penales y Criminología, 23-34, 2023, p. 19; EADEM, 2014, p. 14) advierte que si bien este decomiso de valor equivalente de los instrumentos no se venía incluyendo entre los instrumentos normativos internacionales y de la UE por motivos de proporcionalidad, su exclusión fue objeto de crítica por el Comité Económico y Social Europeo (Dictamen sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea», DO C 299, de 4.10.2012) lo que pudo haber motivado su posterior inclusión por parte del Parlamento.

⁵⁶ Y se confirma en el considerando nº 19 de la Directiva de 2014. Cfr., también, al respecto, AGUADO CORREA, T., 2014, pp. 17-18; FERNANDEZ-BERTIER, M., 2016, pp. 334-335.

⁵⁷ En lo que coincidía también el Parlamento (enmienda nº 31).

los aspectos que pueden conducir al órgano jurisdiccional a la conclusión de que el bien procede de actividades delictivas⁵⁸.

En lo que afecta a estándar probatorio, pueden suscitarse dudas acerca de qué significa que el órgano jurisdiccional *haya resuelto* que los bienes proceden de una actividad delictiva. En la Propuesta de la Comisión se aprecia claramente la finalidad de rebajar el estándar que aparecía en la Decisión Marco de 2005, pues la expresión “plenamente convencido” que allí se usaba quedaba muy cerca del tradicional estándar de “más allá de toda duda razonable”. Se opta así por un criterio de probabilidad (“considerablemente más probable”), que se sitúa entre medias de ese estándar penal más elevado y un estándar basado únicamente en la “probabilidad prevalente”, propio del proceso civil. La cuestión es si la expresión por la que finalmente opta la Directiva (“haber resuelto”) se diferencia de algún modo de ese estándar intermedio y, en tal caso, a cuál de los otros estándares se acercaría. Una pista se puede encontrar en el considerando nº 21, pues allí parece equipararse “haber resuelto” y considerar “sustancialmente más probable”. Se explica en dicho considerando que el órgano jurisdiccional debe *haber resuelto* que el bien procede de actividades delictivas, pero a continuación se dice que esto no significa que deba “probarse” (*established*) esa procedencia delictiva, sino que los Estados pueden estipular que sea suficiente, por ejemplo, que el órgano jurisdiccional *considere sustancialmente más probable* esa procedencia. Seguiría siendo, por tanto, un estándar probatorio intermedio entre “más allá de toda duda razonable” y la “probabilidad prevalente”. En cualquier caso, queda claro que la Directiva invita a los Estados a rebajar el estándar probatorio en comparación con el estándar de “más allá de toda duda razonable”; sin precisar exactamente en qué grado debe producirse esa rebaja, pero teniendo presente que, tratándose de una norma de mínimos, los Estados cuentan con margen de maniobra⁵⁹.

Además de estos cambios en la definición del decomiso ampliado, la Directiva de 2014 realiza otras dos modificaciones importantes: la primera es prescindir de las excepciones que el apartado 2 del art. 4 de la Propuesta establecía para los casos en que la conducta delictiva de la que provienen los bienes hubiera prescrito (a) o los casos en que hubiera recaído sobre la misma una sentencia absolutoria o se produjera otro supuesto en el que se puede aplicar el principio *ne bis in idem* (b); la segunda es limitar el tipo de delito que debe dar lugar a la condena que habilita este decomiso, exigiendo ya no solo, como se ha señalado antes, que se trate de una infracción penal que pueda

⁵⁸ Cuya supresión había sido criticada tanto por el del Consejo Económico Social Europeo (DO C 299/23, de 4.10.2021), como por el Comité de las Regiones (DO C 391/14, de 18.12.2012), que consideraban necesaria una mención expresa, aunque fuera a modo de ejemplo. Lo pone de manifiesto AGUADO CORREA, T., 2014, pp. 18-19.

⁵⁹ Cfr., a este respecto, BOUCHT, J., 2013, pp. 148-149, quien, al valorar la propuesta de la Comisión, considera que se trata de una propuesta razonable en la medida en que exige algo más que la mera probabilidad prevalente. Reconoce, por otra parte, que el estándar responde a una ponderación entre eficacia y garantías que resulta ciertamente compleja y que depende, entre otros factores, de la clase de delitos que se incluyan en su ámbito de aplicación.

dar lugar a una ventaja económica, sino introduciendo además un nuevo apartado para especificar exactamente de qué clase de delito debe tratarse (art. 5.2)⁶⁰.

C. Decomiso de terceros

En el art. 6 de la Propuesta de 2012, la Comisión plantea una regulación del decomiso de terceros un tanto farragosa en la que se quiere distinguir en función de que el decomiso recaiga en los *productos* del delito o en los *bienes* de valor equivalente a esos productos (dejando fuera el decomiso de los instrumentos del delito). Se reconoce así el decomiso de los *productos* que la persona condenada o la persona sospechosa o acusada que no hubiera podido ser procesada (por las razones indicadas en el decomiso no basado en condena al que a continuación se hará referencia: fallecimiento, enfermedad, incomparecencia o fuga) hubiera transferido a terceros, así como el decomiso de los *bienes* que la persona condenada hubiera transferido a terceros para evitar el decomiso de bienes por valor equivalente a los productos del delito (ap.1). En ambos casos se sigue un criterio de subsidiariedad, exigiéndose que sea poco probable que prospere el decomiso de los bienes de la persona condenada, sospechosa o acusada; y se establece, además, un segundo requisito relacionado, primero, con el hecho de que la transferencia de los productos o bienes se haya producido de forma gratuita o por un precio inferior a su valor de mercado y, segundo, con el hecho de que el receptor, en el caso de los productos, conociera o debiera haber conocido su origen ilícito, y, en el caso de los bienes de valor equivalente, conociera o debiera haber conocido que la transferencia pretendía evitar el decomiso de tales bienes (ap. 2).

Con esta Propuesta, la Comisión desarrolla algunas ideas que de manera un tanto genérica se habían apuntado en normas y documentos anteriores. Hay que recordar que la Decisión Marco de 2005 ya sugería que los Estados estudiaran la posibilidad de decomisar los bienes adquiridos por las personas allegadas o los transferidos a una persona jurídica sobre la que se ejerce un control efectivo. Más allá de esta previsión, lo único que la Comisión había manifestado, y el Consejo y el Parlamento habían valorado positivamente, era la posibilidad de ampliar el decomiso a bienes que hubieran sido transferidos a terceros, pensando sobre todo en la participación de testaferros.

La Directiva, en lo que se ha definido como una sus principales innovaciones⁶¹, acoge la propuesta de la Comisión y regula este decomiso de terceros (o “decomiso de bienes de terceros” como se traduce en esta ocasión) en el art. 6. Lo hace, además, de forma más clara que la Propuesta, estableciendo la posibilidad de decomisar productos del delito, o bienes cuyo valor corresponda a tales productos, que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos por un sospechoso o acusado a terceras personas o adquiridas

⁶⁰ Lo que en todo caso representa una considerable ampliación del alcance de esta modalidad de decomiso en comparación con el que tenía en la Decisión Marco de 2005, tanto en lo que se refiere al delito enjuiciado como en lo que atañe a la actividad delictiva previa. Cfr., en este sentido, NIȚU, D., *op. cit.*, p. 73.

⁶¹ BLANCO CORDERO, I., “Modern forms of Confiscation and Protection of Third Parties”, en LIGETI, K. / SIMONATO, M. (ed), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 142.

por estas terceras personas de dicho sospechoso o acusado (manteniendo fuera los instrumentos del delito⁶²); al menos (ya no, por tanto, como único supuesto), cuando tales personas conocieran o debieran haber conocido que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, atendiendo a los hechos y circunstancias del caso, entre las que se encuentra (se puede encontrar) el hecho de que la transferencia o adquisición hubiera sido gratuita o a cambio de un importe significativamente inferior al valor del mercado. Se introduce, además, un segundo apartado para dejar claro que este decomiso “no perjudicará los derechos de los terceros de buena fe”⁶³.

Como novedades importantes con respecto a la Propuesta de la Comisión, deben destacarse las siguientes. En primer lugar, la mención no solo a la transferencia sino también a la “adquisición” por parte de terceros, añadiendo la expresión “directa o indirectamente”. Ello permite considerar incluidos aquellos casos en los que el producto del delito o los bienes de valor equivalente que son transferidos a una tercera persona son a su vez transferidos por esta. Se incorpora en este sentido un considerando (nº 24) para explicar que la adquisición “se refiere a situaciones en las que, por ejemplo, el bien sido adquirido por el tercero, directa o indirectamente, por ejemplo mediante un intermediario, de un sospecho o persona acusada, incluso cuando la infracción penal haya sido cometida en su nombre o para su beneficio, en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse”⁶⁴. La segunda novedad importantes es que el conocimiento del tercero, tanto al adquirir los productos como al adquirir los bienes de valor equivalente, debe tener como objeto la evitación del decomiso y no ya solo el carácter ilícito del bien recibido, lo que supone un conocimiento cualificado que en última instancia limita el alcance del decomiso⁶⁵.

Por otra parte, la referencia a la subsidiariedad desaparece del art. 6 a partir de la enmienda nº 37 presentada por el Parlamento, que directamente aboga por su supresión (aunque se sigue mencionando, como acaba de verse, en el considerando nº 24 para los casos de “adquisición” por parte de los terceros), al tiempo que en el considerando nº 25 se declara la posibilidad de que los Estados regulen este decomiso como medida alternativa o subsidiaria al decomiso directo, según proceda en su Derecho nacional.

Se trata en puridad de una nueva ampliación o extensión del decomiso en tanto que recae o puede recaer sobre personas que no han sido penalmente condenadas y que incluso no han participado en el delito que habilita el decomiso.

⁶² A pesar de la propuesta del Parlamento de incluir también tales bienes (enmienda nº 34)

⁶³ De forma parecida a lo que se prevé en la teoría de la relación retroactiva (*relation back doctrine*) que se sigue en los EEUU, en la que, si bien se reconoce que los bienes de procedencia delictiva siguen siendo igualmente ilícitos cuando los adquiere un tercero (y deben por ello ser objeto de decomiso), se contempla una salvedad para el adquirente de buena fe. Cfr., al respecto, BLANCO CORDERO, I., 2017, pp. 143-144.

⁶⁴ Da la impresión de que, en realidad, más que la mención a la “adquisición”, que sería prescindible, lo que permite abarcar esos supuestos de transferencias en cadena en los que interviene un intermediario es el uso de la expresión “directa o indirectamente”.

⁶⁵ Como apunta BLANCO CORDERO, I., 2017, p. 149.

D. Decomiso no basado en condena

La Comisión incluye también en su Propuesta de Directiva, en el art. 5, la modalidad de “decomiso no basado en condena”, que se corresponde a primera vista con el “decomiso sin condena penal (decomiso civil)” que ella misma había anunciado en su Comunicación de 2008, haciendo alusión a la Recomendación nº 3 del GAFI. En su Propuesta de Directiva, sin embargo, la Comisión no otorga a esta modalidad de decomiso no basado en condena el alcance que parecía darle en aquella Comunicación de 2008, pues limita su aplicación a uno solo de los grupos de casos allí planteados⁶⁶: el que se refiere a los casos en que la condena penal que da lugar al decomiso no puede producirse porque circunstancias concretas relacionadas con el sospechoso o acusado dificultan el proceso penal⁶⁷. Deja fuera, en cambio, el primero de los supuestos que planteaba en la Comunicación, en el que reconocía expresamente la posibilidad de establecer un proceso civil que, a partir de una presunción o un cálculo de probabilidades, permitiera llegar a la conclusión de que ciertos bienes provienen de actividades delictivas⁶⁸.

⁶⁶ Llama también la atención sobre el contraste entre las iniciales aspiraciones de la Comisión expresadas en la Comunicación de 2008 y la Propuesta de Directiva de 2012, AGUADO CORREA, T., “Cinco años después de las reformas del decomiso: *does crime still pay?*” en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (ed.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 59-60; EADEM, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea. Una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 35, 2015, p. 16, quien considera que la Propuesta recoge al final un decomiso no basado en condena “descafeinado” en comparación con el que se había propuesto en algún documento anterior, que era más cercano al decomiso civil.

⁶⁷ En la línea que había planteado inicialmente el propio Consejo en el documento “Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio” (DO C 124, de 3.5.2000), que en su Recomendación nº 20 decía que “habría que estudiar si es necesario un instrumento sobre el decomiso que no exija la presencia del delincuente, de modo que pueda aplicarse en caso de que éste haya fallecido o haya huido”.

⁶⁸ La opción por una *actio in personam* que requiere la incoación de un procedimiento penal, en detrimento de la *actio in rem* propia del decomiso civil, respondería, según AGUADO CORREA, T., 2015, p. 16, al deseo de dar prioridad en esta ocasión a las garantías y derechos fundamentales de la persona frente a la eficacia del decomiso, pues al llevarse a cabo en el marco del proceso penal es posible garantizar el derecho de defensa. Siendo esto así, es llamativo, como advierte BLANCO CORDERO, I. (2014, p. 187), que la Propuesta de la Comisión, al explicar en la Exposición de Motivos el decomiso no basado en condena, diga que la regulación sugerida permite a los Estados miembros decidir si el decomiso debe ser ordenado por los tribunales penales o por los tribunales civiles o administrativos, pues en estos últimos casos el proceso no podría dar lugar a una resolución penal condenatoria. Lo que pone de manifiesto una cierta indecisión o ambigüedad de la propia Comisión con respecto al modelo de decomiso no basado en condenada que realmente defiende. De la misma forma que se aprecia una cierta ambigüedad en la posición del Parlamento Europeo: por una parte, plantea una modalidad de decomiso no basado en condena cercana al decomiso *in rem*, en la que solo se requiere la convicción por parte del tribunal de que los bienes proceden de una actividad delictiva (enmienda nº 33), e introduce al mismo tiempo un considerando nº 7 ter (enmienda nº 5) en el que dice que los Estados son libres de adoptar el decomiso en un proceso penal, civil o administrativo; por otra parte, sin embargo, define el decomiso no basado en condena como una “sanción penal” que debe someterse a las garantías reconocidas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (enmienda nº 33). Cfr., a este respecto, GRANDI, C. “Non-

Se establece así en ese art. 5 de la Propuesta que se deberá poder proceder al decomiso “sin que medie resolución penal condenatoria, tras un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”, en aquellos casos en los que su fallecimiento o enfermedad crónica impide su procesamiento (a) o su enfermedad, incomparecencia o fuga impide su procesamiento dentro de un plazo razonable y supone un riesgo grave de prescripción (b)⁶⁹.

La Directiva, como se indicaba más arriba, renuncia a dedicar un artículo específico a esta modalidad de decomiso no basado en condena y a reconocer así la existencia de una modalidad de decomiso con tal denominación. Opta, en cambio, por acoger (con escasas modificaciones) la modalidad planteada por la Comisión, pero incluyéndola en el artículo dedicado al decomiso ordinario. Así, el apartado 2 del art. 4 introduce la posibilidad de efectuar el decomiso del apartado 1 (decomiso directo de instrumentos o productos y decomiso por valor equivalente) cuando, *habiéndose incoado el procedimiento penal* por una infracción que podría dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, *tal procedimiento podría haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio*, y siempre que tal imposibilidad se derive, al menos, de la enfermedad o fuga del sospechoso.

La Directiva, por lo tanto, no solo no corrige el limitado alcance que la Propuesta de la Comisión había otorgado a esta modalidad de decomiso no basado en condena, sino que incluso le resta importancia suprimiendo el precepto que llevaba tal rúbrica.

De hecho, hay quien considera que, en la medida en que la Directiva acaba exigiendo la incoación de un procedimiento penal y la posibilidad de que se hubiera podido llegar a una sentencia penal condenatoria en caso de que el sospecho o acusado hubiera podido comparecer en el juicio, no puede decirse que estemos realmente ante un decomiso no basado en condena⁷⁰. Al fin y al cabo, lo que en este caso hace posible el decomiso es

conviction-based confiscation in the EU legal framework”, en BERNARDI, A. (dir.) / ROSSI, F. (coord.), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Jovene Editore, Nápoles, 2019, pp. 45-46.

⁶⁹ En la Propuesta de Directiva, explica la Comisión que “para satisfacer el principio de proporcionalidad, la propuesta no introduce en todos los casos el decomiso no basado en condena”. Dice también que esta formulación se asemeja a la prevista en el art. 54.1 c) de la Convención de Mérida, según el cual los Estados deben considerar la posibilidad de decomisar sin que medie una condena “en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”. Curiosamente, la Comisión también alude aquí, al igual que lo hiciera en la Comunicación de 2008, a la Recomendación nº 3 del GAFI, cuyo alcance, sin embargo, es más amplio.

⁷⁰ Desde este punto de vista, sería correcto, por tanto, no regular esta modalidad de decomiso en un precepto independiente bajo la rúbrica de un decomiso no basado en condena, sino hacerlo en el propio art. 4, asumiendo que igual que puede haber condenas *in absentia* (art. 4.1) puede haber decomiso *in absentia* (art. 4.2). De esta opinión, RUI, J. P. / SIEBER, U., “Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the picture together”, en RUI, J. P. / SIEBER, U. (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker

la comisión del delito enjuiciado y la hipotética condena por ese delito, del que se requiere una prueba plena basada en el principio de presunción de inocencia. Estaría lejos en cualquier caso del decomiso sin condena de carácter civil (no penal), que se dirige directamente sobre los bienes y no entra a valorar la posible responsabilidad del autor del delito del que proceden los bienes⁷¹.

Durante la negociación de la Directiva se puso de manifiesto la diferente posición que tenían en realidad el Parlamento y el Consejo sobre el alcance que debía darse a esta modalidad de decomiso no basado en condena⁷².

En el Informe del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión se hacía evidente que el Parlamento quería ir más allá que la propia Comisión, pues presentaba una enmienda al art. 5 relativo al decomiso no basado en condena (enmienda nº 33) con objeto de introducir un primer apartado que definiera el alcance de este decomiso en otros términos más amplios, aunque manteniendo de manera adicional, en su segundo apartado, la propuesta de la Comisión (con alguna modificación menor). Este apartado primero que se introducía en el art. 5 instaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias para permitir a las autoridades judiciales *decomisar los productos e instrumentos de un delito en caso de ausencia de pena, siempre que, en atención a las circunstancias del caso y a las pruebas disponibles, el tribunal esté convencido de que los bienes proceden de actividades delictivas*⁷³.

El Consejo, por su parte, en su Orientación General, se había posicionado en términos bastante más restrictivos, proponiendo algunas modificaciones en el art. 5, al que de entrada prefería denominar “Delito no basado en condena *en circunstancias específicas*”.

and Humblot, Berlín, 2015, p. 278. En el considerando nº 15 de la Directiva se deja claro además que los Estados que cuenten con procedimientos *in absentia* cumplen ya con la obligación del art. 4.2.

⁷¹ Cfr., en este sentido, RUI, J. P. / SIEBER, U., 2015, pp. 245-255. Cfr. también, SIMONATO, M., 2015, p. 222, quien dice que se trata en realidad de una “disposición híbrida”; y ALAGNA, F., “Non-Conviction Based Confiscation. Why the EU Directive is a Missed Opportunity?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 21, 2015, p. 457, quien lo define como un “semidecomiso no basado en condena”. Sobre la identificación del decomiso no basado en condena como un decomiso no penal, cfr. BOUCHT, M., 2019, pp. 531-532.

⁷² Explica la Comisión en la Propuesta de Directiva de 2012 que, si bien es cierto que la mayoría de los Estados habían expresado sus conclusiones al respecto en el citado Documento del Consejo del año 2011, “un número reducido de Estados miembros emitieron reservas en cuanto al decomiso no basado en condena”.

⁷³ Y en un Informe posterior (Informe del Parlamento Europeo sobre el crimen organizado, la corrupción y el blanqueo de capitales: recomendaciones sobre las medidas e iniciativas que deben adoptarse, Comité Especial, de 26.9.2013, A7-0307/2013), invitaba directamente a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos modalidades de decomiso no basado en condena para los casos en que el tribunal, a partir de las pruebas disponibles, pueda establecer que los bienes en cuestión proceden de actividades delictivas o se llevan a cabo para cometer tales actividades (punto 25). Igualmente, considera que, en cumplimiento de las garantías nacionales constitucionales y sin perjuicio del derecho de propiedad y del derecho de defensa, podrían preverse modelos preventivos de decomiso, solo aplicables previa decisión judicial (punto 26), en clara alusión al modelo italiano.

Las principales modificaciones propuestas eran las siguientes: en primer lugar, limitar su aplicación a los delitos que generen algún beneficio económico; en segundo lugar, dejar claro que esta modalidad de decomiso tiene carácter subsidiario, y, en tercer lugar, reservar su aplicación a los casos de enfermedad o huida del sospechoso o acusado, admitiendo asimismo la posibilidad de que tal decomiso se pueda producir bien con esta modalidad de decomiso no basado en condena o bien con un procedimiento en ausencia. Fue esta aproximación más restrictiva del Consejo la que, como se ha visto, se acabó imponiendo en la negociación final, con el añadido de que se renunciaba a un artículo dedicado al decomiso no basado en condena y se reconducía esta propuesta restrictiva al apartado 2 del art. 3.

Dejando al margen las diferentes cuestiones técnicas que planteaban las nuevas modalidades de decomiso introducidas en la Directiva de 2014, puede decirse que lo más significativo de esta evolución legislativa es la indecisión a la que se llega en un momento dado acerca del desarrollo que quiere darse realmente a las nuevas modalidades de decomiso, y en particular a la que recibe el nombre de “decomiso no basado en condena”. La Directiva de 2014 venía a poner de relieve las dudas existentes dentro de las propias instituciones europeas a propósito de la regulación de esta forma de decomiso. Unas dudas motivadas en gran medida por las diferentes regulaciones con las que a este respecto contaban (y cuentan) los Estados de la Unión Europea.

En aquel entonces, en el espacio europeo existían a grandes rasgos tres concepciones o modelos de decomiso no basado en condena: el de los países del *common law*, que reivindican un decomiso *in rem*, de naturaleza civil (al margen del proceso penal); el de los países del *civil law* o *sistema continental*, partidarios de un decomiso *in personam*, que se sustancia en un proceso penal dirigido contra el responsable del delito, pero en el que se puede renunciar a la condena por motivos excepcionales; y, por último, el *modelo italiano*, que cuenta con un decomiso preventivo en el que no se exige la imposición de un condena, pero sí un vínculo con el proceso penal, lo que lo acerca a un decomiso *in personam*⁷⁴.

⁷⁴ Cfr., con más detalle, RUI, J. P. / SIEBER, U., 2015, pp. 245-265. Explican estos autores que la fundamentación del decomiso varía igualmente en las tres concepciones. En el *common law* se parte de la necesidad de evitar el enriquecimiento injustificado y restablecer el *statu quo* anterior a la conducta ilícita, lo que supone apartar del tráfico jurídico los bienes de procedencia delictiva en la medida en que generen un provecho o enriquecimiento. En el sistema continental (o más concretamente “germano-escandinavo”, como lo denominan los propios autores, por ser principalmente estos países los que contaban ya con ciertas modalidades de decomiso sin condena), queda más abierta la fundamentación y naturaleza de la medida (aunque en Alemania y en los países escandinavos se reconoce, dicen estos autores, que no se trata de una medida propiamente penal), pero se considera necesario en todo caso que su aplicación se lleve a cabo en el marco de un proceso penal. Finalmente, el decomiso preventivo italiano constituye una medida fundamentada directamente en la peligrosidad de la persona que se vincula a un proceso penal, pero que se regula en el marco del Derecho administrativo. Cfr., también, VOGEL, J. 2015, pp. 235-237, quien explica que el decomiso del producto del delito puede encontrar su fundamento no en la sanción penal, sino en el principio general de evitar el enriquecimiento injustificado, que lleva consigo el deber de restituir los bienes de procedencia ilícita. Un principio, a su juicio, que se reconoce en todos los sistemas, con independencia que se aplique en el Derecho civil o se traslade al Derecho penal.

Existía, por otra parte, un problema adicional que condicionaba el debate sobre la regulación del decomiso no basado en condena. Este problema tiene que ver con la base jurídica de la que parte la Directiva, que se encuentra en el art. 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁵. Este precepto reconoce la competencia del Parlamento y del Consejo para aprobar directivas que recojan las normas mínimas relativas a la definición de las “infracciones penales y de las sanciones” en ciertos ámbitos delictivos. Con esta base jurídica, la Directiva difícilmente podría incluir una modalidad de decomiso de naturaleza plenamente civil, ajena por completo al proceso penal. Incluso aunque en este contexto relativo a la competencia legislativa el concepto de sanción se quisiera interpretar en un sentido distinto (más amplio) del que se le otorga a la hora de definir las garantías procesales, entendiendo por “sanción” cualquier medida que responde a la comisión de un delito, parece claro que no tendría cabida en el mismo un decomiso civil *in rem* como el que es propio de los países del *common law*⁷⁶.

En cualquier caso, la solución adoptada finalmente por la Directiva resultaba decepcionante para quienes, incluso partiendo de modelo continental, abogaban por introducir una modalidad de decomiso sin condena que, alejado de los rigores del proceso penal, facilitara el decomiso en los casos en los que hay pruebas suficientes para reconocer el origen ilícito o delictivo de los bienes, pero no para determinar la responsabilidad penal⁷⁷. Al exigirse el grado de prueba equivalente al que sería necesario para llegar a una posible condena, el estándar no se ve apenas alterado con respecto al que se venía exigiendo, de modo que desaparecía el valor añadido de la nueva modalidad de decomiso⁷⁸.

El problema era que había Estados que, aun siendo partidarios de revisar y ampliar la lista de casos en que puede prescindirse de la condena penal, no estaban dispuestos

⁷⁵ Al menos en lo que se refiere al contenido y alcance del decomiso. Así lo reconoce la propuesta de Directiva en su Exposición de Motivos. Aunque la Propuesta y la propia Directiva mencionan también, junto al art. 83.1 TFUE, el art. 82.2 TFUE, este segundo precepto se refiere a las normas relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Cfr., en este sentido, HRYNIEWICZ-LACH, E., “Expanding Confiscation and its Dimension in EU Criminal Law”, *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 31 (3-4), 2023, pp. 257-258, quien afirma que la genérica referencia a ambos preceptos fue la solución adoptada para no tener que aclarar si el decomiso es tratado como una sanción.

⁷⁶ Cfr., en este sentido, RUI, J. P. / SIEBER, 2015, pp. 285-288. En general, acerca de las dificultades para encontrar la base jurídica que reconozca la competencia de la Unión Europea a la hora de regular ciertos aspectos del decomiso, cfr. HRYNIEWICZ-LACH, E., 2023, pp. 257 y ss.; SAKELLARAKI, A., “EU Asset Recovery and Confiscation Regime – *Quo Vadis?* A First Assessment of the Commission’s Proposal to Further Harmonise the EU Asset Recovery and Confiscation Laws. A Step in the Right Direction?”, *New Journal of European Criminal Law*, 13-4, 2022, pp. 478-501.

⁷⁷ Cfr. FERNANDEZ-BERTIER, M., 2016, pp. 335-337, quien indica que ya por entonces había países como Rumania, Eslovaquia, Bulgaria y Eslovenia, que tenían sistemas cercanos al decomiso civil (p. 330).

⁷⁸ Así, lamentando la oportunidad perdida, ALAGNA, F., 2015, p. 449, quien incluso dice que se trata de un paso atrás en la regulación del decomiso no basado en condena. Cfr., también, en términos parecidos, FERNANDEZ-BERTIER, M., 2016, p. 335; GRANDI, C., 2019, p. 50.

a sacar este decomiso del proceso penal, pues consideran que el decomiso civil acaba eludiendo ciertas garantías procesales que sí están aseguradas en el proceso penal⁷⁹.

La clara oposición entre la regulación de unos y otros Estados no sólo daba lugar a una desigual aplicación del decomiso en el territorio de la Unión Europea, sino que generaba serios problemas de cooperación judicial⁸⁰.

E. El Informe de la Comisión sobre el decomiso no basado en condena

Las discrepancias que se pusieron de manifiesto durante la tramitación de la Directiva de 2014 con respecto al contenido que debía darse al denominado decomiso no basado en condena motivaron que, antes de la aprobación definitiva de la Directiva, en el momento del acuerdo provisional entre el Consejo y el Parlamento, ambas instituciones emitieran una declaración conjunta. En ella pedían a la Comisión que, teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones jurídicas y los sistemas de los Estados miembros, analizara tan pronto como fuera posible la viabilidad y utilidad de introducir nuevas reglas sobre “el decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas también en caso de ausencia de condena por tales actividades”⁸¹.

La Comisión tardaría cinco años en dar una primera respuesta a esta petición en el documento de trabajo titulado “*Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*”, de 2019⁸².

Curiosamente, un año antes de que se publicara este documento, la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal⁸³, incorporaba un considerando (nº 16) en el que trataba la medida del decomiso y en el que se volvía a hacer referencia al decomiso no basado en condena, proponiendo un alcance todavía mayor del que se había discutido en la Directiva de 2014. En ese considerando nº 16 se llega a decir que los Estados “deben, asimismo, plantearse seriamente permitir el decomiso en todos los casos en los que no se pueda *incoar o concluir* un proceso penal, incluso en los casos en los que el autor del delito ha fallecido”. Inmediatamente a continuación, sin embargo, en ese mismo considerando se hace alusión a la declaración conjunta del Parlamento y del Consejo en la que se pedía a la Comisión un informe sobre el decomiso en ausencia de condena. Aunque ese considerando no tiene reflejo en la

⁷⁹ Cfr. SIMONATO, M., 2015, p. 221, quien observa, no obstante, que el art. 4.2 de la Directiva puede constituir una amenaza mayor para la presunción de inocencia que el propio decomiso civil, pues al otorgarle al decomiso no basado en condena un carácter penal y, al mismo tiempo, conformarse con la mera posibilidad de que se hubiera podido producir una condena, se acerca peligrosamente a una especie de presunción de culpabilidad (pp. 225 y 228).

⁸⁰ Cfr. ALAGNA, F., 2015, pp. 454-455.

⁸¹ Documentos del Consejo, de 28.11.2013 (16861/13) y de 31.3.2014 (7329/1/14 REV 1 ADD 1)

⁸² Documento de trabajo de la Comisión, de 12.4.2019. SWD (2019) 1050 final.

⁸³ DO L 284, de 12.11.2018

parte operativa de la Directiva, pone de manifiesto el renovado interés de los propios legisladores por desarrollar y ampliar el alcance de esta modalidad de decomiso⁸⁴.

En su Documento de 2019, la Comisión vuelve a recordar una vez más la importancia de reforzar el decomiso de los productos del delito para luchar contra la delincuencia organizada, así como el escaso uso que, a pesar de todo, se hace de esta medida. Explica a continuación que uno de los principales obstáculos con los que cuenta la aplicación de esta medida es la dificultad que existe a menudo a la hora de vincular la actividad delictiva con los bienes de la persona; no tanto, o no solo, porque no se pueda producir la condena del autor del delito por circunstancias como su huida, muerte, enfermedad o inmunidad, como sobre todo por la *compleja y difusa relación entre la actividad delictiva y los bienes localizados*. Particularmente en el marco de la delincuencia organizada, es frecuente, dice la Comisión, que los bienes, además de proceder de una multitud de delitos, cometidos en varios países por una pluralidad de sujetos, se entremezclen con otros activos para ocultar su origen ilícito.

Ante esta situación, se constata por parte de la Comisión que los Estados, inspirados en mayor o menor medida por la normativa internacional y la normativa europea, han desarrollado diferentes regulaciones que pueden agruparse en 4 grandes modelos o regímenes normativos, que a su vez pueden coexistir en cada uno de los ordenamientos de los Estados miembros. El *modelo nº 1* es el que reconoce la posibilidad de decomisar cuando, en el marco de un proceso penal, no se puede llegar a una condena final por circunstancias especiales relacionadas con el sospechoso o acusado (huida, muerte, enfermedad, inmunidad...). El *modelo nº 2* es el que está basado en el decomiso ampliado y en la posibilidad de decomisar bienes no conectados con el delito enjuiciado. El *modelo nº 3* es el que representan los procedimientos *in rem* que se dirigen directamente contra los bienes ilícitos, sin valorar la responsabilidad penal del titular de los mismos. El *modelo nº 4* es el que se centra en el enriquecimiento inexplicado a partir de la comparación entre el valor de los bienes en poder de la persona y los bienes legalmente declarados por esa persona.

Con respecto a los dos primeros modelos, explica la Comisión, apenas se plantean problemas, porque la mayoría de los Estados incluyen normas que son propias de tales modelos y lo hacen además con mayor detalle y amplitud de lo que se exige en la Directiva de 2014. Las principales diferencias se plantean, en cambio, con los modelos 3 y 4, que no son generalmente asumidos, pero que presentan características que van permeando en algunos Estados, dando lugar a sistemas de carácter *híbrido*. Así, por ejemplo, junto a países como Reino Unido e Irlanda, que siguen plenamente el modelo 3, o países como Bulgaria, que se orientan principalmente al modelo 4, hay países como

⁸⁴ Llama la atención sobre este significativo considerando, FARTO PIAY, T., "El decomiso autónomo en el Proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 60, 2023, p. 8, afirmando que efectivamente se vislumbra en el mismo la voluntad de modificar el decomiso sin condena y de ampliar la posibilidad de aplicar el decomiso autónomo.

Italia o Alemania que, aun partiendo de modelos anclados en el Derecho penal han ido incorporando conceptos propios de los modelos 3 y 4⁸⁵.

⁸⁵ En Alemania, poco tiempo antes, en 2017, se había producido una importante reforma mediante la que se establecía un nuevo y ambicioso sistema de decomiso. En este nuevo sistema, entre otras medidas, se ampliaba el ámbito de aplicación del decomiso no basado en condena, reservado hasta entonces a los casos de imposibilidad fáctica de condena, para incluir el llamado “decomiso independiente ampliado” o “decomiso de bienes de origen incierto”, que afecta a los bienes de origen ilícito que han sido incautados en el marco de un procedimiento penal (en términos parecidos a lo que sería luego el decomiso de patrimonio no explicado o injustificado de la Directiva de 2024, comentada a continuación en el texto). Cfr., con más detalle sobre esta reforma de la legislación alemana, CARRILLO DEL TESO, A. E., “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *Crime doesn’t pay*”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (ed.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn’t pay*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 555-556. En Italia, por otra parte, existe desde los años ochenta del pasado siglo un decomiso preventivo (*confisca di prevenzione*) que en algunos casos va más allá de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva de 2014, pues su aplicación no presupone una condena penal, sino solo la peligrosidad de la persona a la que se aplica, que se desprende precisamente de la comisión de actividades delictivas en el pasado. Los bienes que se decomisan, sin embargo, son concretamente aquellos que proceden de actividades delictivas o aquellos que tienen un valor desproporcionado en comparación con los ingresos lícitos de la persona. Al respecto, cfr. MAUGERI, A. M., “La transposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (ed.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn’t pay*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 521-529, quien, en relación con la naturaleza jurídica de este decomiso preventivo, considera que, al estar fundamentado en la peligrosidad de la persona, no podría tratarse de una medida carácter sancionatorio ni tampoco de un decomiso *in rem*. Constituye a su juicio, más bien, una medida administrativa de carácter preventivo. Cfr., también, PANZAVOLTA, M. / FLOR, R., “A necessary evil? The Italian “Non-Criminal” system of forfeiture”, en RUI, J. P. / SIEBER, U. (ed.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker and Humblot, Berlín, 2015, pp. 113 y ss., quienes sostienen que este “decomiso preventivo” característico del ordenamiento italiano es una medida peculiar que no tiene parangón en el Derecho europeo. Explican estos autores que el decomiso existe desde hace mucho tiempo en el Código Penal italiano como una medida de seguridad que se impone en el marco de un proceso penal. Con el tiempo, no obstante, sobre todo a partir del Código Antimafia de 2011, el decomiso experimentó importantes modificaciones. La más importante es que se estableció una separación entre el tradicional decomiso penal y el llamado decomiso preventivo, para el que se prevé la posibilidad de seguir un procedimiento fuera del sistema penal y para el que no es necesaria la previa imposición de una pena. Se requiere la existencia de un procedimiento penal previo para valorar la imposición de la medida de seguridad personal, pero se establece un procedimiento separado para el decomiso preventivo, que se centra directamente en la peligrosidad e ilicitud de los bienes. Formalmente, se integra en un procedimiento administrativo sancionador que concluye con una resolución judicial. Aunque subjetivamente se aplica solo a personas que aparezcan catalogadas previamente como personas sospechas, objetivamente recae sobre los bienes que se considera que tienen origen delictivo o sobre los bienes que resultan desproporcionados en comparación con los declarados legalmente por la persona (pp. 113-126). Según estos autores, si bien es cierto que, dado que la aplicación del decomiso preventivo no depende de la peligrosidad personal, hay quien considera que se trata de una *actio in rem*, es difícil realmente llegar a esa conclusión, porque debe fijarse obligatoriamente un vínculo con la persona sospechosa. Ello implica identificar previamente a la persona sospechosa a la que se pretende aplicar el decomiso. Para que los bienes se consideren peligrosos deben estar vinculados a su vez con la persona identificada como peligrosa. Esa sería la principal particularidad del decomiso preventivo: que presenta una naturaleza semejante a la del decomiso civil propio del *common law*, por no requerir una condena previa y centrarse en la ilicitud de los bienes, pero su imposición se produce en el marco de un procedimiento judicial vinculado a un procedimiento penal de carácter personal (pp. 132-142).

La Comisión reconoce las ventajas que, a su juicio, presentan los modelos 3 y 4, pues no requieren la vinculación entre un delito específico y los bienes que se pretende decomisar; lo cual, como se ha indicado, puede resultar complicado en el caso de las grandes organizaciones criminales. El hecho de no tener que llevar a cabo un procedimiento para sancionar penalmente la comisión de un delito permite rebajar el estándar probatorio, pasando del estándar penal de “más allá de toda duda razonable” al estándar penal de la “probabilidad prevalente”.

Por otra parte, la Comisión destaca el importante avance que, en materia de reconocimiento mutuo, se había producido poco tiempo después con el Reglamento de 2018⁸⁶, el cual, a la hora de precisar qué tipo de resoluciones de embargo y decomiso deben ser reconocidas, ya no exige que se hayan dictado por “un órgano jurisdiccional competente en materia penal”⁸⁷, sino que se conforma con que lo sean “en el marco de un procedimiento en materia penal” (art. 1)⁸⁸.

Con todo, la Comisión entiende que algunas de las normas relativas al decomiso no basado en condena pueden suponer un riesgo para los derechos fundamentales, sobre todo en relación con el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia o incluso el derecho de propiedad. Por esa razón, sostiene que es importante tener presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que se refiere a los criterios que pueden seguirse para establecer la naturaleza

⁸⁶ Reglamento (UE) 2018/1805, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. DO L 303, de 28.11.2018.

⁸⁷ Como exigía, en su art. 1, la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 7 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, DO L 323, de 24.11.2006.

⁸⁸ La cuestión entonces es interpretar correctamente el concepto de “procedimiento en materia penal”, definido en el considerando nº 13 del Reglamento como un “concepto autónomo” del Derecho de la Unión, pues puede quedar la duda de cuándo es posible el reconocimiento de medidas “in rem” de carácter puramente civil basadas en la procedencia delictiva de los bienes. Cfr., sobre esta cuestión, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Recuperación de activos en la Unión Europea”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (ed.), *Decomiso y recuperación de activos. Crime doesn't pay*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 321 y ss., quien recuerda que con la Decisión Marco de 2006 quedaba fuera, además del decomiso civil de los sistemas del *common law*, el decomiso preventivo italiano, y que una de las razones para optar por esta expresión más flexible en el Reglamento de 2018 fue precisamente atender a la petición italiana, dado que el decomiso preventivo, aun siendo una medida administrativa, se vincula a un proceso penal. Explica también este autor que el Informe realizado al respecto por el Servicio Jurídico del Consejo, basándose en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, explicaba que lo determinante no es el órgano jurisdiccional que adopte la resolución, sino si el procedimiento reúne las características esenciales del procedimiento penal, y en particular las garantías procesales penales reconocidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Llega así a la conclusión de que “la resolución de decomiso adoptada sin una condena firme entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando, aun emitida en un procedimiento separado y autónomo de naturaleza civil o *in rem*, lo fuere con pleno respeto de las garantías propias de un procedimiento penal, incluida la presunción de inocencia. Por el contrario, la confiscación puramente civil, aunque estuviere referida al producto del delito, si es adoptada en procedimientos civiles o administrativos, quedaría fuera del ámbito del Reglamento” (p. 335).

penal o civil de la concreta medida adoptada por el Estado (criterios Engel), así como en lo que concierne a las garantías procesales que deben respetarse en cada caso.

Partiendo de todas estas consideraciones, la Comisión llega a la conclusión de que, de cara a desarrollar el llamado decomiso no basado en condena, resultan de especial interés “los *modelos híbridos* que incluyen aspectos exitosos de diferentes enfoques”, pensando sobre todo en aquellos regímenes nacionales de decomiso sin condena que, como el alemán o el italiano, a pesar de estar anclados en procedimientos penales, presentan aspectos de procedimientos *in rem* (modelo 3) o de *patrimonio no explicado* (modelo 4), pues tales modelos híbridos hacen compatible un mayor nivel de garantías procesales con el uso de medidas más ambiciosas y eficaces.

De esta conclusión parte la Comisión poco después en su Informe de 2020 titulado “Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso”⁸⁹, en el que ofrece ya una respuesta formal a la pregunta realizada por el Parlamento y el Consejo sobre la viabilidad y los posibles beneficios de un desarrollo normativo del decomiso no basado en condena. Reitera en este Informe que la regulación de esta modalidad de decomiso establecida finalmente en el art. 4.2 de la Directiva de 2014 se queda corta en comparación con los regímenes adoptados por los propios Estados, que tienden hacia otros modelos más ambiciosos, como los que se basan en acciones reales contra los bienes de procedencia delictiva o como los que se traducen en causas contra el patrimonio no explicado o no justificado, que son modelos que han demostrado su eficacia y que pueden ser plenamente respetuosos de los requisitos establecidos en materia de derechos fundamentales por los tribunales nacionales y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin llegar a proponer abiertamente la adopción de medidas concretas, la Comisión sí que insiste, como lo hiciera en el Documento del año anterior, en que las experiencias italiana y alemana, que incorporan al proceso penal algunas de las medidas reales propias de los identificados como modelos 3 y 4, parecen especialmente prometedoras. A modo de respuesta final, el Informe declara que “la introducción de nuevas medidas en el ámbito de decomiso no basado en condena es factible y ofrece beneficios potenciales a la hora de aumentar los niveles de embargo y decomiso de los productos del delito” (epígrafe 3).

Posteriormente, la propia Comisión, en la Estrategia de la Unión Europea contra la delincuencia organizada 2021-2025⁹⁰, establece como una de sus principales líneas de trabajo la de “eliminar los beneficios generales por la delincuencia organizada y evitar su infiltración en la economía legal y la sociedad (apartado 3), fijando como primera actuación la de “reforzar las medidas de recuperación de activos y lucha contra el blanqueo de capitales y promover las investigaciones financieras” (apartado 3.1). Después de destacar la importancia de intensificar las labores de inmovilización (embargo) y decomiso, fortaleciendo el marco jurídico de la Unión y las capacidades

⁸⁹ Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo, de 02.06.2020. COM (2020) 217 final.

⁹⁰ Comunicación de Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 14.04.2021. COM (2021) 170 final.

operativas de las oficinas de recuperación de activos, hace una mención especial al decomiso no basado en condena, por su capacidad para contribuir a incrementar la capacidad de activos embargados y decomisados. Finalmente, como medida principal de esta línea estratégica se anuncia que la Comisión propondrá la *revisión de la Directiva de 2014*, con miras a “ampliar el alcance de los delitos cubiertos, *introducir normas más efectivas en lo tocante el decomiso no basado en condena*, garantizar la gestión efectiva y la reutilización de activos embargados con fines sociales... y reforzar la capacidad de los organismos de recuperación de activos”.

V. La Directiva (UE) 2024/1260

En 2022, la Comisión cumple con lo anunciado en la Estrategia de la UE contra la delincuencia organiza 2021-2025 y presenta ya no una revisión de la Directiva de 2014, sino directamente una Propuesta de nueva Directiva sobre recuperación y decomiso de activos, en la que, entre otras medidas, desarrolla las modalidades de decomiso que se vienen aquí analizando (arts. 12 a 16)⁹¹.

Sorprendentemente (viendo la evolución descrita más arriba), los principales cambios con respecto a la Directiva anterior no se producen propiamente en la regulación del decomiso no basado en condena, que vuelve a tener un precepto propio (art. 15), pero con contenido parecido al del art. 4.2 de la Directiva de 2014, sino en la introducción de una nueva modalidad de decomiso denominado “decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas” (art. 16). En la Propuesta no se explica el porqué de esta decisión. Solo se hace una referencia a esta nueva forma de decomiso en el considerando nº 28, que básicamente resume la regulación que se hace en el art. 16.

En lo que afecta a las diferentes modalidades de decomiso, reguladas en los arts. 12 a 16 de la Propuesta, la respuesta inicial de los legisladores no plantea cambios sustanciales. Tanto en el Informe del Parlamento como en la Orientación General del Consejo se introducían algunas enmiendas a estos preceptos, pero de carácter muy puntual, sobre todo con respecto a las modalidades previamente existentes⁹².

A la vista de las enmiendas presentadas por los legisladores, puede decirse que las principales discrepancias se producían en relación con la nueva modalidad de decomiso de patrimonio no explicado, pero incluso en esta modalidad las posiciones parecían bastante reconciliables; desde luego más de lo que se plantearon en la Directiva de 2014 a propósito del decomiso no basado en condena.

⁹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2022, sobre recuperación y decomiso de activos. COM/2022/245 final

⁹² Sobre las enmiendas del Parlamento y del Consejo a la Propuesta de Directiva de la Comisión, véase, respectivamente, el Informe del Parlamento Europeo (Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior), de 26.5.2023, A9-0199/2023, y el Documento del Consejo, de 22.5.2023, 9314/23. Las referencias hechas en el texto a las posiciones del Parlamento y del Consejo se basan en estos documentos.

La nueva Directiva sobre decomiso y recuperación de activos se aprueba finalmente en 2024. Entre otras muchas medidas, esta Directiva contribuye a ampliar un poco más el alcance del decomiso revisando las modalidades de decomiso existentes e introduciendo un nuevo decomiso de patrimonio no explicado⁹³.

Como punto de partida, en el art. 1 de esta Directiva, siguiendo el criterio adoptado por el Reglamento de 2018 sobre reconocimiento de resoluciones de embargo y decomiso, se manifiesta que el objeto de la misma son los decomisos que se producen “en el marco de un procedimiento en materia penal” y no ya, como se establecía en el art. 1 de la Directiva de 2014, los decomisos “de bienes en el ámbito penal”, adaptándose así a las particularidades procesales que presentan los diferentes Estados miembros en materia de decomiso⁹⁴.

A. Decomiso directo y decomiso de valor equivalente

En relación con el decomiso directo y el decomiso de valor equivalente, no se produce ningún cambio en comparación con la regulación existente en la Directiva de 2014. La redacción del art. 12.1 de la Propuesta de 2022 y de la propia Directiva de 2024 coincide prácticamente con la del art. 4.1 de la Directiva de 2014⁹⁵. La única diferencia con aquella Directiva es que se omite en el apartado 1 la mención al decomiso de valor equivalente, que pasa a regularse en el apartado 2 del art. 12. El precepto se divide así entre un apartado 1 para el decomiso directo y un apartado 2 para el decomiso de valor equivalente. El contenido de lo que era el apartado 2 del art. 4 de la Directiva de 2014, relativo al decomiso sin condena, pasa ahora a regularse de forma independiente en el art. 15.

En cuanto al decomiso de valor equivalente, se mantiene la referencia tanto a los productos como a los instrumentos del delito, como se hizo en la Directiva de 2014, incluyendo al igual que entonces un considerando (nº 27) en el que se explica que el decomiso de valor equivalente de los instrumentos es aplicable cuando tal medida resulte proporcionada en atención al valor de los instrumentos de que se trate, y que los Estados podrán tener en cuenta asimismo la responsabilidad de la persona condenada por la imposibilidad de proceder al decomiso de los instrumentos. La novedad en relación con

⁹³ Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril, de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos. DO L, de 2.5.2024

⁹⁴ Sobre la relevancia del cambio, vid. AGUADO CORREA, T., 2023, pp. 5-6.

⁹⁵ En la versión en español, tal y como ocurría ya en la Directiva de 2014, al hablarse de los instrumentos y los productos “derivados de una infracción penal previa sentencia condenatoria”, puede dar la impresión de que no se exige que los bienes decomisados estén vinculados precisamente con el delito sancionado, sino que basta con que haya una sentencia condenatoria que habilite el decomiso. En ese sentido, parece más clara la versión en inglés, que se refiere a “*instrumentalities and proceeds stemming from a criminal offence subject to a final conviction*”. Ciertamente, hubiera sido preferible una traducción en la que se dejara claro que lo que se decomisan son instrumentos y productos derivados de una infracción penal “que haya sido objeto de una condena firme”.

esta modalidad de decomiso es que la Directiva de 2024 añade un último inciso en el apartado 2 del art. 12 para reconocer expresamente que este decomiso puede ser subsidiario o alternativo al decomiso directo⁹⁶; algo que no aparecía en la Propuesta de la Comisión, pero que propusieron tanto el Consejo como el Parlamento, y que, como se ha visto, ya se mencionaba de pasada en el considerando nº 14 de la Directiva de 2014.

B. Decomiso de bienes de terceros

En la Directiva de 2024, el decomiso de bienes de terceros pasa a regularse a continuación del decomiso directo y el decomiso de valor equivalente, en el art. 13. La regulación es muy parecida también en este caso a la de la Directiva de 2014. Se reconoce la posibilidad de decomisar los productos del delito o los bienes equivalentes a los productos del delito cuando sean transferidos a terceras personas, manteniendo fuera la referencia a los instrumentos del delito, en contra de la intención inicial del Parlamento⁹⁷.

La principal diferencia con respecto a la Directiva de 2014 es que, al exigir que los terceros tuvieran conocimiento o hubieran debido tener conocimiento de que el objeto de la transferencia era evitar el decomiso, se menciona expresamente otra circunstancia que puede ser tenida en cuenta para inferir ese conocimiento, junto con la relativa a que la transferencia fuera gratuita o por importe significativamente inferior al valor del mercado. Esa nueva circunstancia, que sigue siendo parte de una lista abierta, es que “los bienes se hayan transferidos a partes estrechamente relacionadas y hayan permanecido al mismo tiempo bajo el control efectivo de la persona sospechosa o acusada”; una circunstancia que no aparecía en la Propuesta de la Comisión, pero que fue introducida a partir de una enmienda Parlamento⁹⁸. En el considerando nº 28 se desarrolla más esta circunstancia explicando que las transferencias a “partes estrechamente relacionadas” puede incluir “a miembros de la familia o a personas físicas que tengan acuerdos jurídicos, o cualquier otra relación comercial estrecha, con la persona sospechosa o acusada, o transferencias a personas jurídicas de cuyos órganos de administración, gestión o supervisión forme parte la persona sospechosa o acusada, o algún miembro de su familia”. Por lo demás, y también a propuesta del Parlamento⁹⁹, en cuanto a la otra circunstancia, no se dice exactamente que el importe debe ser significativamente inferior al valor de mercado, sino solo que se trate de un “importe claramente desproporcionado con respecto al valor de mercado”.

Otra diferencia con respecto a la Directiva de 2014 tiene que ver con su carácter subsidiario, pues en esta Directiva no hay un considerando en el que se reconozca la posibilidad de los Estados de decidir si se trata de una medida subsidiaria o alternativa

⁹⁶ Véase también el considerando nº 26 de la Directiva.

⁹⁷ Enmienda nº 84

⁹⁸ Enmienda nº 85

⁹⁹ Enmienda nº 84

con respecto al decomiso directo como sí hacía el considerando nº 25 de la Directiva de 2014. Sí se mantiene en cambio un considerando (nº 24) en el que se hace una breve mención (no excesivamente clara) a que la persona acusada carezca de bienes que pueden decomisarse, lo que unido al hecho de que esta modalidad de decomiso se regula inmediatamente a continuación del decomiso directo, podría servir para entender que la Directiva de 2024 contempla esta modalidad de decomiso como una modalidad subsidiaria del decomiso directo¹⁰⁰.

Se mantiene también la mención a que no serán perjudicados los derechos de los terceros de buena fe (art. 13.2).

C. Decomiso ampliado

El decomiso ampliado, que en la Directiva de 2024 se regula en el art. 14, tampoco experimenta ninguna modificación sustancial en comparación con la Directiva de 2014. Se sigue tratando de la posibilidad de decomisar a la persona condenada por un delito que pueda dar lugar a una ventaja económica aquellos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional *haya resuelto* que proceden de actividades delictivas distintas de las que dan lugar a la condena; atendiendo para ello a las circunstancias del caso, entre las que puede incluirse la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos de la persona condenada.

La única novedad se presenta en relación con el ámbito de aplicación de esta modalidad de decomiso, pues el art. 5.2 de la Directiva de 2014 exigía su aplicación, al menos, en una serie de delitos concretos, mientras que el art. 14.3 de la Directiva de 2024, a propuesta del Consejo, lo extiende, como mínimo, a todos los delitos que se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2) que lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años. La Propuesta de la Comisión, confirmada en este punto por el Parlamento, planteaba un ámbito de aplicación mayor, pues se conformaba con el requisito de que el delito sancionado pudiera dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica.

D) Decomiso no basado en una sentencia condenatoria

Mientras que, como se expuso más arriba, la Directiva de 2014, en contra de la Propuesta de la Comisión, optó por prescindir de un artículo independiente para el decomiso no basado en condena, llevando su regulación al mismo artículo dedicado al decomiso directo y de equivalente (art. 4.2), la Directiva de 2024 introduce ahora un precepto específicamente destinado a esta modalidad de decomiso en el art. 15¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr., en este sentido, AGUADO CORREA, T., 2023, p. 21.

¹⁰¹ Lo que supone a su vez recuperar la denominación que se le había negado en 2014 al regular esta forma de decomiso junto con el decomiso directo. No obstante, en la medida en que el contenido es muy

El contenido de la regulación, sin embargo, tampoco varía en este caso sustancialmente del que tenía en la Directiva 2014. Ello a pesar de las constantes invitaciones realizadas por las instituciones europeas a explorar la posibilidad de ampliar el alcance de esta modalidad de decomiso. Tales invitaciones y sugerencias, como se apuntaba anteriormente, a lo que han conducido no es a una nueva configuración de este decomiso no basado en condena, sino a la introducción de una nueva modalidad de decomiso de “patrimonio no explicado”.

En lo que se refiere propiamente al decomiso no basado en una sentencia condenatoria del art. 15 de la Directiva de 2024, se observa que el cambio fundamental en comparación con el art. 4.2 de la Directiva de 2014 se refiere a las circunstancias que impiden continuar con el proceso penal y llegar a una sentencia condenatoria. Junto a los casos de enfermedad o fuga, se añade ahora una mención al fallecimiento de la persona sospechosa o causada, así como al hecho de que, una vez incoado el proceso penal, expire el plazo de prescripción previsto en la legislación nacional para el delito en cuestión, siempre que tal plazo sea inferior a 15 años¹⁰². La Propuesta de la Comisión, con la confirmación del Parlamento, pretendía añadir otras circunstancias como las relativas a la inmunidad o la amnistía, pero quedaron fuera a petición del Consejo¹⁰³.

E) Decomiso de patrimonio no explicado

El art. 16 de la Directiva de 2024, que recoge el denominado “decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas”, constituye la principal novedad de esta Directiva en comparación con la Directiva de 2014, al menos en lo que afecta al objeto y alcance del decomiso. Con esta nueva modalidad de decomiso se da un paso más en la progresiva ampliación del decomiso que se ha venido produciendo a lo largo de los últimos años en el ámbito de la Unión Europea. Un paso que, como se ha tenido ocasión de comprobar, se venía reclamando por las instituciones europeas por lo menos desde el mismo momento de la preparación y discusión de la Directiva de 2014.

En un principio, a la vista de los documentos publicados desde entonces por las propias instituciones europeas, cabía pensar que esa ampliación se produciría a partir de una nueva redefinición del decomiso no basado en condena que lo acercara más a una especie de decomiso civil, pero la vía explorada ha sido otra, aparentemente más orientada al enriquecimiento no explicado o no justificado.

parecido, se actualizan las críticas que se hicieron a propósito de la Propuesta de la Directiva de 2014, pues como se ha visto más arriba es dudoso que la regulación del art. 4.2 de la Directiva de 2014 y del art. 15 de la Directiva de 2024 se corresponda con un decomiso no basado en condena, generalmente identificado con el decomiso *in rem*. Cfr., en este sentido, SAKELLARAKI, A., 2022, pp. 494-495.

¹⁰² Cfr., con más detalle, FARTO PIAY, T., 2023, pp. 20-22.

¹⁰³ Se hace mención no obstante a ambas circunstancias en el considerando nº 30 para recordar que los organismos internacionales han señalado el potencial del decomiso en ausencia de condena para abordar precisamente los obstáculos para el decomiso de beneficios ilícitos plantean la inmunidad o la amnistía.

En su documento de 2020 (“Garantizar que el delito no resulte provechoso”), como se ha mencionado anteriormente, la Comisión ya apuntaba que a la hora ampliar el decomiso no basado en condena resultaban relevantes aquellos *sistemas híbridos* en los que, partiendo de un proceso penal, se introducen medidas propias de los que el documento definía como modelos 3 y 4; esto es, los relativos al decomiso civil y al enriquecimiento no explicado.

La modalidad que ahora se incluye en el art. 16 de la Directiva, y que se inspira en la diseñada por la Comisión en su Propuesta de 2022, contribuye a configurar ese sistema híbrido en el que se parte de un proceso penal, pero se adoptan medidas de tales modelos para ampliar el alcance del decomiso. Dado que no se opta abiertamente por un decomiso civil (al margen del proceso penal), se apela al segundo de los modelos, el relativo al decomiso inexplicado, dando origen a una nueva modalidad de decomiso.

Sin embargo, como ahora se verá al comentar la regulación, no son propiamente las medidas relacionadas con el enriquecimiento no explicado las que mejor definen esta nueva modalidad de decomiso. El enriquecimiento no explicado en esta modalidad opera de forma muy parecida a la que lo hace en el decomiso ampliado. La desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos del titular de esos bienes constituye un indicio o un factor que se toma en consideración para determinar la procedencia delictiva de esos bienes, igual que en el decomiso ampliado. No se exploran otras medidas más relacionadas con el enriquecimiento no explicado como lo son, por ejemplo, la “extinción de dominio” o las “*Unexplained Wealth Orders*” (entre las medidas de carácter real)¹⁰⁴ o los delitos o infracciones basadas de alguna manera en el hecho de no explicar o justificar debidamente el patrimonio (entre las medidas de carácter personal)¹⁰⁵. En esta modalidad de decomiso del art. 16 de la Directiva de 2024, tanto en el diseño inicial de la Comisión como en la redacción final, el patrimonio no explicado recibe el mismo tratamiento que en la modalidad del decomiso ampliado. La diferencia fundamental con respecto al decomiso ampliado radica en realidad en que en esta nueva modalidad de decomiso no se requiere una sentencia condenatoria. Podría decirse que más que ante un decomiso de enriquecimiento no explicado, nos encontramos ante una combinación del decomiso ampliado y el decomiso sin condena¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Que más que formas de decomiso son instrumentos destinados a facilitar la investigación sobre patrimonios de apariencia ilícita para posteriormente, en su caso, llevar a cabo un decomiso civil. Sobre las características que presentan estas órdenes de enriquecimiento inexplicado en el Derecho comparado, cfr. BLANCO CORDERO, I., “Estrategias modernas de lucha contra las ganancias de origen delictivo: especial referencia a las *Unexplained Wealth Orders* del Reino Unido”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Crime doesn’t pay, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-585.

¹⁰⁵ Que es a su vez uno de los objetivos que persiguen las *Unexplained Wealth Orders*. Cfr., a este respecto, BOUCHT, J., 2019, pp. 533-534.

¹⁰⁶ Cfr., no obstante, SAKELLARAKI, A., 2022, p. 495, quien, partiendo de la Propuesta de la Comisión, considera que se trata un decomiso *in rem* en el que es suficiente llegar a la convicción de que los bienes proceden de actividades delictivas. Esta afirmación, no obstante, no tiene suficientemente en cuenta el hecho de que, tanto en la redacción de la Propuesta como en la redacción final de la Directiva, se exige

En la Propuesta de la Comisión, este decomiso de patrimonio no explicado presenta la siguiente estructura: i) se decomisan bienes que proceden de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización delictiva; ii) se determina si tales bienes proceden de actividades delictivas atendiendo a las circunstancias del caso y a las pruebas disponibles, incluyendo a modo de ejemplo la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos lícitos del titular de esos bienes; iii) no se exige una sentencia condenatoria, pero si una investigación relacionada con una infracción penal cometida en el marco de una organización delictiva; iv) los bienes decomisados deben haber sido previamente embargados en el marco de la investigación criminal; v) el delito o la infracción penal investigada debe dar lugar a una ventaja económica sustancial, ser uno de los delitos del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2) y llevar aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años; y vi) solo se puede aplicar de manera subsidiaria cuando no se hayan podido decomisar tales bienes con alguna de las modalidades de los arts. 12 a 15¹⁰⁷.

Las modificaciones propuestas en su momento por el Consejo y el Parlamento partían de esta misma estructura y afectaban a cuestiones puntuales. Así, la principal modificación que plantea el Consejo es que los Estados puedan decidir si deben cumplirse de manera acumulativa o solo alternativa los requisitos relativos a la existencia de un embargo previo dentro de una investigación relativa a un delito cometido en el marco de una organización delictiva y a la necesaria subsidiariedad con respecto a las otras modalidades de decomiso. Las otras dos modificaciones que propone el Consejo son las siguientes: que la ventaja económica sustancial que, directa o indirectamente, puede derivarse de la conducta delictiva no se refiera al delito investigado, sino a la actividad delictiva de la que proceden los bienes; y que entre las circunstancias que pueden llevar a la convicción de que los bienes proceden de actividades delictivas se mencione también que los bienes no tengan un origen lícito verosímil (*plausible*) o que la persona esté vinculada a una organización criminal. Por su parte, el Parlamento introducía alguna modificación de redacción, pero se ajustaba prácticamente a la propuesta de la Comisión.

En la redacción final del art. 16, se acogen prácticamente todos los cambios sugeridos por el Consejo. Así, en primer lugar, la *ventaja económica sustancial* se refiere solo a la actividad delictiva de la que proceden los bienes (apartado 1). En segundo lugar, para determinar si los bienes proceden de actividades delictivas, se incluyen, como aspectos integrantes de una lista abierta, junto a la desproporción del valor de los bienes en comparación con los ingresos lícitos de la persona, las circunstancias relativas a la *falta de procedencia lícita verosímil de los bienes* y a la *vinculación del sospechoso con la criminalidad organizada* (apartado 2). En tercer lugar, se establece la *libertad de los Estados para decidir si es necesario o no el embargo previo* de los bienes dentro de una

que la medida se adopte en el marco de una investigación por la comisión de un delito, lo que presupone la existencia de un procedimiento *in personam*.

¹⁰⁷ En una “surte de modalidad de cierre del sistema”, como dice FARTO PIAY, T., 2023, p. 17.

investigación por un delito cometido *en el marco de una organización delictiva* (apartado 5). Finalmente, en cuanto a la subsidiariedad, se mantiene como obligatoria, pero se matiza su alcance indicándose que basta con que, conforme al Derecho de cada Estado, “*puedan no aplicarse las medidas de decomiso previstas en los arts. 12 a 15*” (apartado 1)¹⁰⁸.

Con estas últimas modificaciones, por tanto, se amplía todavía más el alcance de este decomiso de patrimonio no explicado, pues se acepta que pueda aplicarse desde el momento en que comienza la investigación en relación con una infracción penal, sin necesidad de que exista un embargo previo o de que la investigación se refiera a un delito cometido en marco de una organización criminal y sin necesidad de descartar previamente otras posibles modalidades de decomiso.

No obstante, para calmar las voces más escépticas con respecto a la amplitud de esta nueva modalidad de decomiso, se introdujo al final de la negociación un considerando (nº 33) que no había sido propuesto inicialmente por ninguna de las partes, en el que se reconoce la posibilidad de que, conforme a las normas nacionales, las autoridades competentes no ordenen o ejecuten este decomiso de patrimonio no explicado cuando la aplicación de las normas previstas en la Directiva resulte “manifiestamente irrazonable o desproporcionada”; reconociendo asimismo la posibilidad de que los Estados fijen un plazo determinado durante el cual pueda considerarse que los bienes proceden de la actividad delictiva y añadiendo una referencia general a la necesidad de respetar los derechos procesales de la persona afectada y los derechos de los terceros de buena fe. Por otra parte, sin embargo, para contentar en este caso a los promotores de esta nueva modalidad de decomiso, se introduce asimismo un considerando (nº 35) en el que se declara que la Directiva “no impide a los Estados miembros adoptar medidas que permitan el decomiso de patrimonio no explicado por otros delitos o circunstancias”. Se pone de manifiesto, en definitiva, que ante la falta de un pleno consenso sobre el alcance de esta modalidad de decomiso resulta preferible dejar mayor margen de maniobra a los Estados.

Con todo, se trata de una modalidad de decomiso con un alcance tremendamente amplio en la que, para decomisar los bienes de una persona, puede resultar suficiente que el órgano jurisdiccional, *en el marco de una investigación penal, resuelva que tales bienes proceden de algún comportamiento delictivo que se haya cometido en el marco de una organización delictiva* y que sea susceptible de generar un *beneficio económico sustancial*.

Llama la atención que ni en la Propuesta ni en la redacción final de la Directiva se especifique que los bienes decomisados deben ser de la persona investigada, a diferencia de lo que ocurre en el decomiso ampliado, donde se deja claro que los bienes

¹⁰⁸ Quedando de manifiesto en el considerando nº 32 que basta con que esas otras modalidades de decomiso de los arts. 12 a 15 “no se apliquen por razones jurídicas o fácticas determinadas por el Derecho nacional”.

decomisados son de la persona condenada, y que tampoco se especifique que los bienes decomisados deben proceder de una actividad delictiva cometida por la persona investigada. En el decomiso ampliado, al definir el criterio que puede tenerse en cuenta para determinar la procedencia delictiva de los bienes, se alude a la desproporción entre los bienes y los ingresos lícitos *de la persona condenada*, pero en este caso, además de incluirse expresamente otros criterios para determinar la procedencia ilícita de los bienes, como la vinculación con una organización delictiva, se habla simplemente de *persona afectada*, que conforme a las definiciones del art. 2 puede ser cualquier persona sobre la que recae el decomiso.

Así pues, en este decomiso de patrimonio no explicado, aunque se mantiene formalmente el carácter personal del decomiso exigiéndose una investigación por la comisión de un delito, lo relevante es claramente la procedencia delictiva de los bienes, que no necesitan tener una concreta relación con el delito investigado. El vínculo entre el procedimiento personal y el decomiso de los bienes es tan débil que es difícil diferenciarlo de un decomiso civil.

No es de extrañar que el considerando nº 35, inmediatamente después de explicar que la Directiva no impide que los Estados den un alcance distinto (también mayor) a este nuevo decomiso de patrimonio no explicado, recuerde que el objeto de la Directiva se limita a los procedimientos en material penal, sin afectar a los decomisos en materia civil que los Estados puedan haber establecido.

A la espera de ver cómo precisan los Estados el alcance de esta nueva modalidad de decomiso en el momento de la transposición y cómo se permite a las autoridades competentes limitar su aplicación apelando a la razonabilidad o proporcionalidad que reivindica el considerando nº 33, lo que parece claro es que con esta modalidad de decomiso se produce un avance cualitativo en el proceso de ampliación del decomiso que se ha venido explicando en este trabajo.

Como se ha podido ver, este proceso de ampliación se caracteriza precisamente por ir diluyendo de manera cada vez más evidente el vínculo entre el delito enjuiciado y los bienes decomisados, lo que redundará en una pérdida de relevancia del proceso penal en la adopción de la medida del decomiso. Se va poniendo de manifiesto, efectivamente, que lo determinante en el decomiso (de los productos o ganancias del delito) no es la condena o el proceso penal que desencadena su aplicación, sino que es el origen delictivo de los bienes. Desde el momento en que se produce la primera ampliación del decomiso para permitir su aplicación al margen o más allá del delito sancionado, se evidencia que el fundamento del decomiso no es necesariamente la responsabilidad por el delito y que la diferencia entre el decomiso penal y el decomiso civil no está tanto en la naturaleza o contenido de la medida, como en el proceso en el que se lleva a cabo y en las garantías procesales que lo acompañan¹⁰⁹. Esta nueva modalidad de decomiso de patrimonio no explicado no hace sino culminar ese proceso desdibujando todavía más el vínculo entre el proceso penal y el decomiso. La distancia entre el decomiso penal (o

¹⁰⁹ Cfr., en este sentido, VOGEL, J., 2015, p. 227.

anclado en un proceso en materia penal) y el decomiso civil (al margen del proceso penal) se va haciendo casi imperceptible. La ampliación del decomiso contribuye, en última instancia, a su práctica despenalización.

REFERENCIAS

AGUADO CORREA, Teresa, *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.

AGUADO CORREA, Teresa, “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, Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2014.

AGUADO CORREA, Teresa, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea. Una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, 35, 2015.

AGUADO CORREA, Teresa, “Cinco años después de las reformas del decomiso: *does crime still pay?*”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Rodríguez-García, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Crime doesn't pay, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 55-82

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

ALAGNA, Federico, “Non-conviction Based Confiscation. Why the EU Directive is a Missed Opportunity”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 21, 2015, pp. 447-461

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en Arangüena Fanego, Coral (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 349-378

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en Fabián Caparrós, Eduardo Ángel / Ontiveros Alonso, Miguel / Rodríguez García, Nicolás (coord.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*, Cuadernos contra la Corrupción, México D. F., 2012, pp. 337 -371

BLANCO CORDERO, Isidoro, “El decomiso sin condena en la Unión Europea: Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos

de la delincuencia”, en Maroto Calatayud, Manuel / Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Crisis financiera y derecho penal económico*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, 2014, pp. 149-210

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Modern forms of Confiscation and Protection of Third Parties”, en Ligeti, Katalin / Simonato, Michele (eds.), *Chasing Criminal Money. Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 139-154

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Estrategias modernas de lucha contra las ganancias de origen delictivo: especial referencia a las Unexplained Wealth Orders del Reino Unido”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Rodríguez-García, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Crime doesn't pay, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-585

BOUCHT, Johan, “Extended Confiscation and the proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 21, 2013, pp. 127-162

BOUCHT, Johan, “Asset confiscation in Europe – past, present, and future challenges”, *Journal of Financial Crime*, vol 26, nº 2, 2019, pp. 526-548

CARRILLO DEL TESO, Ana E., “La recuperación de activos como estrategia contra la criminalidad”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Fabián Caparrós, Eduardo Ángel / Rodríguez García, Nicolás (dir.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-33

CARRILLO DEL TESO, Ana E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CARRILLO DEL TESO, Ana E., “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio *Crime doesn't pay*”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Rodríguez-García, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 541-560

CASANUEVA SANZ, Itziar / Gil Nobajas, Soledad/ Armaza Armaza, Emilio José, “La Decisión Marco 2005/212: Antecedente y origen de las últimas reformas del comiso como consecuencias accesorias del delito”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 66-2, 2018, pp. 397-434

FARALDO CABANA, Patricia, “Improving the Recovery of Assets Resulting from Organised Crime”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 22, 2014, pp. 13-32

FARTO PIAY, T., “El decomiso autónomo en el proyecto de Directiva de 2022 sobre recuperación y decomiso de activos: los nuevos supuestos y su incidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno”, *Revista General del Derecho Procesal*, 60, 2023, pp. 1-42

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, “The confiscation and recovery of criminal property: A European Union state of the art”, *ERA Forum, Journal of the Academy of European Law*, 2016, pp. 323-342

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, “Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos”, *Revista de Estudios Europeos*, nº extraordinario monográfico, 1, 2023, pp. 311-348

GRANDI, Ciro, “Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework”, Bernardi, Alessandro (dir.), Rossi, Francesco (coord.), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Jovene Editore, Nápoles, 2019, pp. 31-56

HRYNIEWICZ-LACH, Elzbieta, “Expanding Confiscation and its Dimension in EU Criminal Law”, *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 21, 2023, pp. 243-267

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Recuperación de activos en la Unión Europea”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Rodríguez-García, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Crime doesn't pay, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 295-398

MAUGERI, Anna Maria, “La transposición de la Directiva 2014/42/UE en Italia”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Rodríguez-García, Nicolás (ed.), *Decomiso y recuperación de activos*, Crime doesn't pay, Valencia, 2020, pp. 499-539

MOYA GUILLEM, Clara / Tapia Ballesteros, Patricia, “Ganancias ilícitas de la delincuencia transnacional e instrumentos penales para disuadirla”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 2021, pp. 779-843

NIȚU, Daniel, “Extended and Third Party Confiscation in the EU”, Bernardi, Alessandro (dir.), Rossi, Francesco (coord.), *Improving confiscation procedures in the European Union*, Jovene Editore, Nápoles, 2019, pp. 57-84

PANZAVOLTA, M. / FLOR, R, “A necessary evil? The Italian “Non-Criminal” system of asset forfeiture”, en Rui, J.P. / Sieber, U. (eds), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker and Humblot, Berlín, 2015, pp. 111-148.

RUI, Jon Peter / Sieber, Ulrich, “Non-Conviction-Based Confiscation in Europe, Bringing the picture together”, en Rui, Jon Peter / Sieber, Ulrich (eds), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe “ Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker and Humblot, Berlín, 2015, pp. 245-304

SAKELLARAKI, “EU Asset Recovery and Confiscation Regime – Quo Vadis? A first Assessment of the Commission’s Proposal to Further Harmonize the EU Asset Recovery and Confiscation Laws. A Step in the right Direction?”, *New Journal of European Criminal Law*, 13-4, 2022, pp. 478-500

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, “El decomiso ampliado y la recuperación y gestión de activos como instrumentos para la persecución de la delincuencia económica y la corrupción”, en Jiménez García, Francisco / Roperó Carrasco, Julia (dir.), *Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*, 2017, Aranzadi, Navarra, pp. 253-276

SIMONATO, Michele, “Directive 2014/42/UE and non-conviction based confiscation: a step forward on asset recovery?”, *New Journal of European Criminal Law*, 6-2, 2015, pp. 213-2128

VOGEL, Joachim, “The Legal Construction That Property Can Do Harm. Reflections on the Rationality and Legitimacy of «Civil» Forfeiture”, Rui, Jon Peter / Sieber, Ulrich (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, Duncker and Humblot, Berlín, 2015, pp. 225-244